SHARED MONOPOLY DOCTRINE
Berücksichtigung der Marktstruktur in Oligopolfällen im U.S.-Antitrustrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Gert-Joachim Hetzel
aus Stuttgart

1980

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549627_0028

SHARED MONOPOLY DOCTRINE

Berücksichtigung der Marktstruktur in Oligopolfällen im U.S.-Antitrustrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Gert-Joachim Hetzel
aus Stuttgart

1980

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Prof. Dr. Wolfgang Zöllner
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wernhard Möschel
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Dieter Reuter

Tag der mündlichen Prüfung: 20.5.1980

INHALT

		Seite
1.	Einleitung	1
2.	Bedeutung der Oligopole	3
2.1.	Definition des Oligopols	3
2.2.	Auswirkung auf die Volkswirtschaft	3
2.3.	Industrial Organization Analysis	5
2.4.	Marktergebniskontrolle	7
2.5.	Kritik der Strukturanalyse	10
3.	Oligopoltheorie	13
3.1.	Entwicklung der Oligopoltheorie	13
3.2.	Aussagen der Oligopoltheorie	17
3.3.	Bildung eines gemeinsamen Preises ohne Absprache	18
3.4.	Faktoren, die die Bildung eines Oligopolpreises beeinflussen	24
3.4.1.	Produktdifferenzierung	24
3.4.2.	Marktzutrittsschranken	27
3.4.3.	Patente	28
3.4.4.	Absolute Kosten und Economies of Scale	28
3.4.5.	Nachfrageelastizität	28
3.4.6.	Gesamtnachfrage	29
3.4.7.	Abnehmerkonzentration	29
3.4.8.	Zusammenfassung	29
4.	Sec. 1 Sherman Act zur Verhinderung von Preisparallelität	31
4.1.	Conscious Parallelism - die Ansicht Posners	31
4.2.	Interpretation von Sec. 1 Sherman Act	34
4.3.	Beweisfragen	35
4.4.	Sanktionen	36
4.4.1.	Strafrechtliche Sanktionen	36
4.4.2.	Zivilrechtliche Sanktionen	37

4.5. Sec. 1 Sherman Act in der Entscheidungspraxis der Gerichte 39
4.5.1. Entwicklung bis 1954 39
4.5.2. Entwicklung nach 1954 45
4.6. Zusammenfassung zu Sec. 1 Sherman Act 52

5. Sec. 2 Sherman Act 56
5.1. Einzelmonopolisierung 57
5.2. Versuchstatbestand des Sec. 2 Sherman Act 60
5.3. Kollektive Monopolisierung - Shared Monopoly 71

6. Sec. 5 FTC-Act 81
6.1. Verfolgungszuständigkeit 81
6.2. Anwendung auf Oligopolsachverhalte 82
6.3. Remedies (Sanktionen) 99
6.4. Schwebende Verfahren 107
6.4.1. Cereal Case 107
6.4.2. Exxon Case 116
6.5. Analyse des Cereal- und des Exxon Case 123

7. Legislative Reformbemühungen 131

8. Zusammenfassung und Ausblick 135

Entscheidungsverzeichnis 142

Literaturverzeichnis 147

1. Einleitung

Wie die Bundesrepublik Deutschland haben sich auch die Vereinigten Staaten von Amerika grundsätzlich für Markt und Wettbewerb als Koordinierungsmechanismen ihrer Wirtschaftsordnung entschieden. Der demokratischen Freiheit auf politischem Gebiet soll als Entsprechung auf wirtschaftlichem Sektor ein System dezentraler und autonomer Entscheidungsmöglichkeiten gegenüberstehen, in dem jeder einzelne aufgrund individueller Entschlüsse an beliebigen gegenseitigen Austauschvorgängen mit dem Instrumentarium der Vertragsfreiheit teilnehmen kann.

Die Erkenntnis, daß das freiheitliche Koordinierungsprinzip des Wettbewerbs von den Marktteilnehmern selbst außer Kraft gesetzt werden kann, veranlaßte den Gesetzgeber der USA bereits 1890, mit dem Erlaß des Sherman Act gegen die damals bestehenden Trusts vorzugehen, die aufgrund kumulierter wirtschaftlicher Macht in der Lage waren, auf verschiedenen Märkten Monopole zu bilden und den Wettbewerb zu beeinträchtigen oder ganz auszuschalten. Die Unerwünschtheit dieser Art privater Machtausübung brachte Senator Sherman mit den Worten zum Ausdruck:

"If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity."[1]

oder mit den Worten des späteren Richters Brandeis zu sprechen:

"You cannot preserve political liberty unless some degree of industrial liberty accompanies it."[2]

---

1 21 Cong. Rec. 3: 2456 - 62

2 Report of the Senate Committee on Interstate Commerce pursuant to Senate Res. 98, 62 d Cong., p. 1155 (1913)
Vgl. dazu auch Ingo Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, S. 95

Man kann den später durch den Clayton Act, FTC-Act und andere Ergänzungen erweiterten Antitrustgesetzen bescheinigen, daß sie das beabsichtigte Ziel eines funktionierenden Wettbewerbs in Bezug auf Einzelmonopole teilweise und auf bestimmte wettbewerbsbehindernde Verhaltensweisen weitgehend erreicht haben. Auch das Entstehen neuer Machtkonzentrationen durch externes Wachstum im Wege von Unternehmenszusammenschlüssen ist durch die Neufassung von Sec. 7 Clayton Act im Jahre 1950 und der seither wirksamen Fusionskontrolle nahezu unmöglich.

Das US-Antitrustrecht kann als das älteste und erfahrenste Wettbewerbsrecht richtungsweisend für die deutsche Wettbewertbsordnung sein. Zwei Probleme war jedoch auch das US-Antitrustrecht nicht zu lösen in der Lage: Größen- und Diversifikationsmacht von Unternehmen einerseits sowie die Behandlung verfestigter Obligopolstrukturen andererseits.[3] Die vorliegende Arbeit beschränkt sich im wesentlichen auf den zweiten dieser nicht ganz voneinander zu trennenden Problembereiche. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, inwieweit eine wirksame Beschränkung von Oligopolmacht mit den Mitteln des geltenden Antitrustrechts möglich ist, und welche Ansätze in dieser Richtung bei den Organen der Rechtspflege zu erkennen sind.

Ein kurzer Blick auf die Erkenntnisse des Wissenschaftszweiges der sogenannten "Industrial Organization Analysis" sowie empirischer Untersuchungen über die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen soll das Gewicht des Oligopolproblems im Rahmen der volkswirtschaftlichen Gesamtzusammenhänge verdeutlichen. Eine Übersicht über theoretische Möglichkeiten der

---

3 Vgl. Möschel in Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest, S. 422

gemeinsamen Preisfindung von Oligopolisten mit dem Effekt, über Wettbewerbsniveau liegende Preise wie ein Einzelmonopolist verlangen zu können, ist notwendig, um anhand der von der Theorie prognostizierten Ergebnisse die Effektivität der ins Auge gefaßten Interpretation der Rechtsnormen sowie ihre Plausibilität überprüfen zu können.
Alternative Problemlösungen de lege ferenda werden als Ergänzung erläutert. Am Schluß soll eine Prognose über die weitere Entwicklung in der Zukunft gewagt werden.

2. Bedeutung der Oligopole

2.1. Definition des Oligopols

Im folgenden wird der Begriff des Oligopols in objektivem Sinn, d.h., wenige Anbieter auf einem abgrenzbaren Markt, verstanden, da sich bei einer objektiven Betrachtungsweise im Gegensatz zur subjektiven die ohnehin schwierigen Meßprobleme noch am ehesten bewältigen lassen. Im Blickpunkt steht dabei das sog. enge Oligopol, eine Marktkonstellation, in der acht oder weniger Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von mind. 50 % halten, wobei das größte Unternehmen mind. 20 % hat, im Gegensatz zum weiten Oligopol, einem Markt, in dem weniger als 20 Unternehmen 75 % Marktanteil haben, kein Unternehmen jedoch mehr als 10 - 15 %.[4]

2.2. Auswirkung auf die Volkswirtschaft

Steigende Preise, Inflation und Arbeitslosigkeit sind Indizien dafür, daß der reibungslose Ablauf makroökonomischer Prozesse gestört ist. Wenn ihre Bekämpfung mit Mitteln der Globalsteuerung keinen wesentlichen Erfolg zeigt, ist man geneigt, gegenläufige Kräfte zu vermuten, die die dem Markt nach der klassischen Theorie innewohnenden Selbstheilungskräfte aufheben.

---

4 Zur Definition vgl. Kaysen and Turner, Antitrust Policy, S. 72

Die Schuld an dieser Störung wird in der wissenschaftlichen Diskussion den mächtigen Unternehmen gegeben. Ihrer Politik, die sie aufgrund starker finanzieller Akkumulation und durch Ausschaltung des Wettbewerbs in hochkonzentrierten Oligopolen durchzusetzen in der Lage sind, werden große Verluste für die gesamte Volkswirtschaft zugeschrieben. Die dadurch verursachten mikroökonomischen Störungen wie beispielsweise Reduktion der Produktion und Preiserhöhungen anstelle von Preissenkungen bei sinkender Nachfrage führen dazu, daß die für das Wirken makroökonomischer Zusammenhänge nötige Prämisse einer funktionierenden Wettbewerbsordnung nicht gegeben ist. Shepherd[5] schätzt den Schaden - verursacht durch innere Ineffektivität, Mißallokation und andere Einflüsse - auf bis zu 5 % des nationalen Einkommens.
Blair und Means hielten eine Senkung der Inflationsrate auf 1,5 % und der Arbeitslosenquote auf 3 % für möglich, wenn es kein Oligopolproblem gäbe.[6] Scherer[7] spricht davon, daß Monopole-Oligopole dem Verbraucher jährlich 60 Mrd Dollar an überhöhten Preisen abverlangen. Je 10 % zusätzlicher Marktanteil resultiere in einer Steigerung der Verzinsung des investierten Kapitals von durchschnittlich 2,5 %.[8] Weitere den Oligopolen zugeschriebene Mißstände sind ungerechte Einkommensverteilung und Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt.

---

5 Shepherd, Market Power and Economic Welfare, S. 246

6 Zitiert nach Mueller "Lawyer's Guide", Antitrust L.& Econ. Rev., vol.5 (Spring 1972), S. 93

7 Scherer, Industrial Market Structure and Economic Performance, S. 408

8 Shepherd in: Monopolization and Attempts to Monopolize, 41 ABA Antitrust L.J., S. 596

2.3. Industrial Organization Analysis

Diese Vorwürfe basieren auf Erkenntnissen der sog. "industrial organization", einem Zweig der Volkswirtschaft, der auf eine Arbeit von Joe S. Bain[9] zurückgeht.

Die "industrial organization analysis" oder auch Strukturanalyse geht davon aus, daß eine kausale Verknüpfung zwischen Struktur, Verhalten und Ergebnis auf einem individuellen Markt besteht. Hauptursache ist die Struktur des Marktes, aus der die beiden anderen Faktoren resultieren. Ein wesentlicher die Struktur des Marktes bestimmender Gesichtspunkt ist dabei der jeweilige Marktanteil eines Unternehmens im relevanten Markt.

Untersuchungen, die sich mit dem Kriterium des Marktanteils befassen, beschränken sich aus Gründen der verfügbaren Daten im wesentlichen auf die verarbeitende Industrie. So hat z.B. Shepherd 1970 anhand der Statistik des amerikanischen Census Bureau nach den Kategorien der SIC (Standard Industrial Classification) die Konzentrationsrate verschiedener Industriezweige für das Jahr 1966 untersucht.[10] Bei der als brauchbar betrachteten sog. "4-digit industries" Einteilung ergeben sich insgesamt 417 Industriezweige. Für 199 dieser 417 Industriezweige ermittelte Shepherd eine 4-Firmen-Konzentrationsrate von über 50 %. Der Gesamtdurchschnitt aller 417 lag bei über 60 %. Mehr als 1/3 der industriellen Wertschöpfung wurde unter Konzentrationsraten von über 70 % erbracht.[11]

---

9 Barries to New Competition, Their Character and Consequences in Manufacturing Industries

10 Shepherd, Market Power and Economic Welfare

11 a. a. O. Appendix Table 13
vgl. auch Möschel, Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest, S. 424 ff

Die von Shepherd verwendeten Daten sind zwar nur mit Vorbehalt zu werten. So bestanden bei der Abgrenzung einzelner Branchen Ungenauigkeiten, da die Substituierbarkeit verschiedener Produkte ebenso wie die Möglichkeit der Bildung lokaler Submärkte in der SIC Statistik nicht genügend berücksichtigt war. Shepherd hat deshalb die SIC Zahlen unter Berücksichtigung dieser Ungenauigkeiten angepaßt, wobei er auf Schätzungen zurückgreifen mußte. Auch sind die Konzentrationsraten im nicht industriellen Bereich nicht so hoch. Dennoch ergibt sich auch bei Berücksichtigung dieser Unsicherheiten, daß der Anteil der konzentrierten Industrien an der Gesamtproduktion wesentlich ist. Diese Ansicht ist wohl auch im Schrifttum im wesentlichen unbestritten.[12]

Wenn wegen der Schwierigkeiten, Statistiken früherer Zeiten mit neueren Erhebungen wegen der verschiedenen Einteilungsgesichtspunkte vergleichen zu können, auch keine beweiskräftigen Zahlen dafür vorhanden sind, daß der allgemeine Trend zu einer weiteren Zunahme der Konzentration führt, spricht doch andererseits auch nichts dafür, daß marktinterne Kräfte ohne Einflußnahme des Wettbewerbsrechts vorhandene Konzentrationen reduzieren können. Caves bezeichnet den Anteil der Industrien mit 4-Firmen-Konzentrationsraten von über 50 % an der gesamten industriellen Wertschöpfung um 1900 mit 32,9 %. Der entsprechende Anteil für das Jahr 1963 betrug 33,1 %.[13] Auch Bain zieht aus seinen Untersuchungen den Schluß, daß keine andauernde Tendenz zu weiterer Konzentration zu erwarten ist,[14] bezieht in seine Betrachtungen aber bereits die konzentrationshemmende Wirkung

---

12 Vgl. Scherer, Industrial Market Structure and Economic Perfomance
Bain, Industrial Organization
Blair, Economic Concentration

13 Caves, American Industry, Structure, Conduct, Performance S. 12

14 Bain, a.a.O. S. 214

der Antitrustgesetze mit ein. Andererseits sieht Bain auch keine marktimmanente gegenläufige Tendenz, sondern glaubt an eine Art Gleichgewicht zwischen konzentrationsfördernden Faktoren und dem Gegengewicht eines ausreichenden Wachstums, das von einer wirksamen Antitrustgesetzgebung unterstützt wird.[15] Die Einbeziehung dieses normativen Elements zeigt, daß auch Bain nicht einer Evolution vertraut, die allein von divergierenden Kräften des Marktes getragen wird. Diese auch von Autoren wie Blair und Scherer geteilte Auffassung kann heute als gesichert gelten. Bestätigt wird sie durch Unternehmen wie Western Electric, General Motors, Eastman Kodak, General Electric, Procter & Gamble, Campbell Soup, Gilette, Coca Cola, Kellogg und einige Arzneimittelfirmen, die seit Jahrzehnten unverändert hohe Marktanteile halten.[16] Nur externe Eingriffe sind geeignet, die erstarrten Oligopolstrukturen aufzubrechen.

2.4. Marktergebniskontrolle

Ob solche Eingriffe unter dem Gesichtspunkt der "performance", der Marktergebniskontrolle, auch gerechtfertigt sind, ist umstritten. Es werden Meinungen vertreten, die eine hohe Konzentrationsrate als Voraussetzung für die Bildung moderner Großunternehmen für wünschenswert halten, weil diese Organisationsform zu technologischer Überlegenheit führe. Diese besonders von Galbraith[17] vertretene These konnte inzwischen von Untersuchungen der industrial organization analysis widerlegt werden. Allerdings stützen diese Erhebungen ihre Aussagen lediglich auf die Höhe der Ausgaben für Entwicklung und Forschung sowie auf die Anzahl der erworbenen Patente. Ein direkter Vergleich des dadurch erreichten Produktivitätszuwachses ist, soweit ersichtlich, bisher noch nicht erfolgt

---

15 Bain, a. a. O., S. 221/222

16 Shepherd in: Monopolization and Attempts to Monopolize, S. 596; ders. in: The Treatment of Market Power, S. 115

17 Galbraith, American Capitalism, im Anschluß an Schumpeter in: Capitalism, Socialism and Democracy

und stünde wohl auch vor nahezu unüberwindlichen Schwierigkeiten bei der Festlegung geeigneter vergleichbarer Produktionsfaktoren und bei der Bemessung des in das jeweilige Einzelprodukt investierten Kapitals.
Die Ansicht Shepherds, dominierende Firmen in stabilen asymmetrischen Oligopolen hätten die Vermutung technischer Inferiorität zu tragen,[18] mag angesichts dieser Datenproblematik spekulativ erscheinen, auch wenn Shepherd auf einige Beispiele aus der Computer-, Öl-, Stahl- und Chemischen Industrie verweisen kann.[19] Jedenfalls ergibt sich aus den vorliegenden Erkenntnissen keine Rechtfertigung einer oligopolistischen Machtkonzentration aus Gründen technologischer Überlegenheit.

Economies of Scale heißt ein weiteres Zauberwort, das die natürliche Überlegenheit großer Unternehmen aus dem Produktivitätsvorsprung durch Massenproduktion herleitet.
Es scheint sich hier um das bekannte Dilemma zwischen Wettbewerbsfreiheit und wirtschaftlicher Effizienz zu handeln, die Alternative zwischen einer atomistischen Marktstruktur, die die besten Voraussetzungen für einen funktionierenden, wenn auch nicht vollkommenen Wettbewerb bietet, und einer hochkonzentrierten Anbieterlandschaft, die überlegene Marktergebnisse bringt.[20] Daß dieser theoretische Gegensatz in der Wirklichkeit so nicht vorhanden ist, hat Bain in einer Untersuchung von 20 ausgewählten Firmen aus leicht bis stark konzentrierten Märkten festgestellt.[21]

---

18 Shepherd, Market Power and Economic Welfare, S. 247

19 Shepherd, a. a. O. S. 208

20 Vgl. dazu Möschel, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 12, m. w. Nachw.

21 Bain, Barriers to New Competition, Kapitel 3

Während mit zunehmender Größe einer einzelnen Produktionsstätte Rationalisierungsvorteile erreichbar sind, handelt es sich bei der Fabrikgrößen/Kostenfunktion nicht um eine Gerade, sondern um eine Kurve, die bei zunehmender Größe immer flacher wird, d.h., ab einer gewissen Größe ergibt eine zusätzliche Produktionserhöhung keine nennenswerte zusätzliche Senkung der Stückkosten mehr. Die Stückkosten verändern sich ab einer bestimmten Größe nicht mehr negativ. Die optimale notwendige Mindestgröße hat Bain mit Hilfe von Schätzungen der Vorstände der untersuchten Firmen über die Funktion von Größe und Effektivität zusammengestellt. Weiter wurde so ermittelt, ob die Kostenkurve bei zunehmender Stückzahl flach oder steil verläuft. Wenn nämlich beispielsweise bei Verdoppelung der Stückzahl die Stückkosten nur um wenige Prozent sinken, ist der dadurch erreichte Vorteil weniger erstrebenswert als bei Einsparungen von 10 % und mehr. Unter Berücksichtigung dieser Faktoren kam Bain zu dem Ergebnis, daß nur bei Automobilen und Schreibmaschinen ein Marktanteil von über 10 % notwendig ist, um optimale Rationalisierungsvorteile erreichen zu können. Ein Marktanteil von 4 - 6 % genügte bei 5 Industriezweigen, die übrigen hatten unbedeutende "Plant Economies of Scale".[22]

Rationalisierungsvorteilen eines Unternehmens mit verschiedenen Produktionsstätten, die sich aus überlegenem Management oder besseren Absatzwegen ergeben sollen, mißt Bain geringes Gewicht bei. Zwar sollen Vorteile vereinzelt feststellbar sein, für eine generelle Aussage fehlt es jedoch an qualifizierten Daten. Der von Bain gezogene Schluß, daß in mindestens der Hälfte aller Herstellermärkte die führenden Firmen um ein bedeutendes Maß größer sind als zur Erlangung von Effektivität in Produktion und Verteilung nötig, und daß dementsprechend die Anbieterkonzentration unnötig hoch ist,

---

22 Bain, Industrial Organization , S. 193

ist angesichts der von Shepherd festgestellten Konzentrationsraten in der amerikanischen Industrie auch dann zwingend, wenn man wegen der schwierigen Meßprobleme und der teilweise auf Schätzungen beruhenden Aussagen die Genauigkeit der Ergebnisse mit Vorbehalt würdigt. Selbst bei Zubilligung eines bedeutenden Fehlerfaktors ändert sich in der tendenziellen Richtigkeit der gewonnenen Erkenntnisse nichts.[23]
Unter dem Gesichtspunkt der Effektivität ist demnach die Bildung größerer Unternehmenseinheiten nur bis zu einem Grad zu vertreten, der weit unterhalb der tatsächlich bestehenden Konzentrationsdichte liegt.

2.5. Kritik der Strukturanalyse

Einer der heftigsten Kritiker dieser Meinung ist Weston, der die Ergebnisse der Strukturalisten durch eigene Untersuchungen wiederlegt sieht.[24] Besonders widerspricht Weston der These, daß hochkonzentrierte Märkte unerwünschte Marktergebnisse hervorbrächten. Er bestreitet nachdrücklich die Richtigkeit der Behauptung, Oligopolpreisverhalten führe zu überhöhten Profiten, dem eigentlichen Angriffspunkt der Kritiker oligopolistisch strukturierter Märkte.
Nach Weston sind für die bestehende starke Konzentration allein wirtschaftliche Kräfte verantwortlich, die grundlegende Vorteile bringen. Neben Rationalisierungsvorteilen durch Größe von Einzelproduktionsstätten sieht Weston Vorteile bei Firmen mit mehreren Fabriken aus Gründen überlegenen Managergeschicks, dem er besondere Bedeutung beimißt; gute Führungskräfte seien genauso rar wie grundlegende Erfindungen. In vielen Industriezweigen sei ein atomistischer Markt wegen der erforderlichen Kapitalintensität überhaupt nicht möglich. Bain selbst habe in

---

23 Vgl. auch Möschel, Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest, S. 434, Fn. 40

24 Weston in: Monopolization and Attempts to Monopolize, 41 ABA Antitrust L.J., S. 623 ff

einem internationalen Vergleich festgestellt, daß im Ausland die Konzentrationsraten im allgemeinen in den gleichen Industriezweigen höher sind und, daß die Industriezweige mit hohen Konzentrationsraten übereinstimmen.[25] Daraus ergebe sich, daß manche Industriezweige aus Gründen bestmöglicher Effektivität wegen technologischer und ökonomischer Faktoren hohe Konzentrationsraten erfordern und die Bildung solcher Konzentrationsraten keinen abnormalen Wirtschaftsvorgang darstelle.
Ein weiterer Beweis für die technologische Notwendigkeit zur großen Einheit in manchen Branchen ergebe sich daraus, daß 6 der etwa 150 nach der sog. 3-digit Methode eingeteilten Industriezweige etwa 40 % aller Produktionsanlagen besitzen. Aus diesen Industriezweigen kommen auch 53 der 100 größten Firmen der USA. In diesen Industrien betrage die Wertschöpfung pro Fabrik durchschnittlich 8,4 Mio Dollar, während sie sonst unter 800 000 liege. Korrelationen zwischen Konzentrationsraten und Profiten seien nicht eindeutig feststellbar.[26] Weiterhin sei bei Bains Untersuchungen unberücksichtigt geblieben, daß höhere Profite die Folge größerer Effektivität seien. Schließlich sei gerade in konzentrierten Märkten der Preisanstieg seit der im Jahr 1966 beginnenden Inflation geringer gewesen als in mehr atomistisch strukturierten Märkten.[27]

Weston kommt zu dem Schluß, daß das Entstehen konzentrierter Märkte das Ergebnis eines kompetitiven Auslese-prozesses in der Vergangenheit gewesen sei. Fusionen seien dabei gegenüber Konkursen gesamtwirtschaftlich gesehen das geringere Übel.

---

25 Bain, International Differences in Industrial Structure

26 Vgl. auch Brozen, Bain's Concentration and Rates of Return Revisited, 14 The Journal of Law and Economics, 351 - 369 (Oct. 1971)
ders. in Concentration and Structural and Market Disequilibra, 16 Antitrust Bull, 241 (1971)

27 Weston, a. a. O., S. 630 m.w.N.

Die Kontroverse, ob konzentrierte Märkte positive oder negative Marktergebnisse hervorbringen, steht also im Mittelpunkt der Diskussion. Darüber darf aber nicht übersehen werden, daß gerade im Bereich der Performance-Tests im Gegensatz zur reinen Strukturanalyse alle bisherigen Untersuchungen angesichts der unüberwindlichen Meßproblematik rein spekulativen Charakter haben. Aus den vorliegenden Erkenntnissen Schlüsse für oder wider eine überlegene Performance konzentrierter Märkte zu ziehen, erscheint daher unmöglich. Die Frage muß offen bleiben.

Es wäre übrigens verfehlt, aus einem positiven Marktergebnis auf einen vorhandenen funktionsfähigen Wettbewerb schließen zu wollen. Ein solcher Schluß wäre mit einem am Ziel des Freiheitsschutzes orientierten Wettbewerbsrecht nur dann zu vereinbaren, wenn gute ökonomische Ergebnisse ausschließlich auf kompetitiven Märkten erzielt werden können. Dafür gibt es keinen Anhaltspunkt. Denn auch marktmächtige Unternehmen können sich im Einzelfall so verhalten, daß Ergebnisse erzielt werden, die in kompetitiven Märkten zu erwarten sind.[28] Wenn aber wissenschaftlich nicht nachweisbar ist, daß die Effektivität eines Unternehmens umso überlegener ist, je größer das Unternehmen wird, ist auch nicht zu rechtfertigen, daß die aus ordnungspolitischen Gründen erwünschte Konstellation funktionierenden Wettbewerbs durch starke Konzentration gefährdet wird.

Deshalb stellt sich bei einer Untersuchung des Problems der hochkonzentrierten Industrien auch nicht die Frage nach einem Zielkonflikt zwischen Effektivität und Wettbewerbsfreiheit, der bei weniger konzentrierten Marktstrukturen durchaus denkbar ist. Je mehr Anbieter auf einem Markt allerdings auftreten, desto geringer wird auch wiederum die Gefahr wettbewerbswidrigen Verhaltens

---

28 Möschel, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 18

bei der Preisbildung. Empirische Erkenntnisse darüber liegen nicht vor, aber theoretische Erwägungen weiter unten werden zeigen, daß diese Überlegung jedenfalls grundsätzlich richtig ist.

Wenn man die Aussage auf enge Oligopole beschränkt, läßt sich zusammenfassend sagen, daß der dort herrschende hohe Grad von Konzentration nicht aus Gründen der Effektivität erforderlich ist. Shepherd bezeichnet denn auch als Hauptproblem des Wettbewerbsrechts eine Gruppe von 15 - 20 Unternehmen in hochkonzentrierten Märkten. Er gesteht Weston und Brozen sogar die Richtigkeit ihrer These zu, daß Wettbewerbsvorgänge mit der Zeit Marktanteile und übermäßige Gewinne aushöhlen werden, bezeichnet aber die Schlüsselindustrien als Ausnahmen, die deshalb besonders behandelt werden müssen.[29]

3. Oligopoltheorie

3.1. Entwicklung der Oligopoltheorie

Während der Gegensatz zwischen Wettbewerbsfreiheit und Monopol schon frühzeitig wegen seiner Offenkundigkeit erkannt worden war, ist die Erkenntnis, daß enge Oligopole ähnliche Auswirkungen auf das Marktgeschehen haben können wie Monopole, erst neueren Datums.
Um die Jahrhundertwende beim Erlaß der ersten Antitrustgesetze (Sherman Act 1890, Clayton Act 1914, FTC-Act 1914) stand einerseits in Fortentwicklung des bereits im Common Law bestehenden Verbotes unlauteren Wettbewerbs[30] die Unterbindung bestimmter wettbewerbsbehindernder Praktiken im Vordergrund, also eine für alle Marktteilnehmer geltende

---

29 Shepherd in Monopolization and Attempts to Monopolize a. a. O. S. 595 - 600

30 Blair, Economic Concentration, S. 255

Verhaltenskontrolle,[31] andererseits verbot Sec. 2 Sherman Act die Ausübung oder den Versuch der Ausübung von Monopolmacht. Das Monopol als die Gefahr schlechthin für das Funktionieren des Marktes, nämlich die Ausschaltung jedes Wettbewerbs, war Wissenschaft und Gesetzgeber bewußt. Das Monopol wurde als Alternative einer funktionierenden Wettbewerbswirtschaft mit vielen Anbietern als gefährlich betrachtet, auch wenn die aus der Monopolmacht sich ergebenden Mißbrauchsmöglichkeiten vom Monopolisten nicht wahrgenommen wurden. Man war sich in der Theorie darüber klar, daß aus dem Besitz der Monopolmacht die latente Gefahr ihrer Anwendung folgte und hat diese Anwendung in Sec. 2 Sherman Act deshalb untersagt. Es herrschte die Erkenntnis, daß aus der Struktur des monopolisierten Marktes die Gefahr eines Machtmißbrauches folgte. Folgerichtig sah das Gesetz als Sanktion für die Ausübung der Monopolmacht auch die Veränderung der Marktstruktur durch Entflechtung des Monopolunternehmens vor.[32]

Zunächst beschränkte sich dieses Bewußtsein der Bedeutung der Marktstruktur für das Marktverhalten auf den speziellen Fall des Einzelunternehmenmonopols. Sieht man von dem unbeachtet gebliebenen Werk von Augustin Cournot[33] aus dem Jahr 1848 ab, beschäftigte sich die Wissenschaft mit den besonderen Verhaltenskonstellationen eines Marktes mit einer überschaubaren, begrenzten Anzahl von Anbietern (Oligopol) erstmals in den dreißiger Jahren. Rezession, Inflation und Arbeitslosigkeit während der Weltwirtschaftkrise widersprachen der klassischen Wirtschaftstheorie von der Selbstheilungskraft des Marktes. Nach dieser Theorie hätten bei sinkender Nachfrage die Preise ebenfalls sinken müssen, wodurch die Nachfrage wieder belebt worden wäre. Gerade das Gegenteil war

---

[31] Turner, The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 Harv. L. Rev. (Feb. 1962), 655

[32] Durchgeführt beispielsweise in Standard Oil Co. of N.J. v. United States, 221 U.S.1 (1911), United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911)

jedoch der Fall. In vielen Wirtschaftszweigen stiegen trotz sinkender Nachfrage die Preise. Besonders stark war die Depression in Industriezweigen, die bereits seit der Jahrhundertwende eine besonders starke Konzentration aufgewiesen hatten. Die oligopolistisch strukturierten Firmen dieser Industriezweige wurden zum "Sündenbock"[34] der Depression in der öffentlichen Meinung.
Autoren wie Berle und Means,[35] Burns,[36] Neal[37] und andere befaßten sich mit dem Problem der Beeinträchtigung der Wettbewerbsfunktionen durch die aus Bildung konzentrierter Marktstrukturen entstandene Marktmacht. Der Tenor dieser Bewegungen ging dahin, daß die Neigung einzelner Märkte, auf Nachfrageschwankungen zu reagieren, umso geringer sei, je größer die Konzentrationsrate in diesem Markt sei. Das Oligopol als Struktur und die sich aus seiner Machtkonstellation ergebenden Folgen für das Marktverhalten der Oligopolisten war in den Brennpunkt der Auseinandersetzung geraten.

---

33 Augustin Cournot, Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth, übersetzt ins Englische von N.T. Bacon (Homewood: Irwin, 1963), zitiert nach Scherer, Market Structure, S. 132

34 Shepherd, Market Power and Economic Welfare, S. 14

35 Adolf A. Berle and Gardiner C. Means, The Modern Corporation And Private Property (1932)

36 Burns, The Decline of Competition (1936)

37 Alfred C. Neal, Industrial Concentration and Price Inflexibility (1942)
vgl. auch Shepherd a.a. O. S. 25 Fn. 9, 10

Gegen Ende der dreißiger Jahre wurden Studien veröffentlicht, die einen Zusammenhang zwischen Preisverhalten und Marktstruktur in Abrede stellten.[38]
Durch den Zweiten Weltkrieg wurde die Diskussion in der Öffentlichkeit unterbrochen. Der starke wirtschaftliche Aufschwung in den fünfziger Jahren führte zu weit verbreitetem Optimismus, so daß die Oligopolisten vorübergehend aus dem Schußfeld der öffentlichen Meinung verschwanden und sich sogar das Verdienst für das Wirtschaftswachstum und den allgemeinen Wohlstand selbst zuschrieben. Erst seit Mitte der sechziger Jahre, als eine steigende Inflationsrate und wachsende Arbeitslosigkeit der breiten Öffentlichkeit die Probleme deutlich machten, mit denen die amerikanische Wirtschaft zu kämpfen hatte, richtete sich die Kritik der öffentlichen Meinung wieder gegen die großen Firmen. In der Wissenschaft hatte sich allerdings die Kontroverse um die Bedeutung und Auswirkung von konzentrierten Industrien nach dem Zweiten Weltkrieg fortgesetzt. Rechtsfälle mit Oligopolbezügen wurden von den Verfolgungsbehörden immer zu den Zeiten forciert, in denen sich auch die öffentliche Meinung verstärkt mit den marktmächtigen Unternehmen befaßte.

---

38 Don D. Humphrey, The Nature and Meaning of Rigid Prices, 1890 - 1933, Journal of Political Economy, XLV (Oct. 1937), 651 - 666
Rufus S. Tucker, The Reasons for Price Rigidity, American Review XXVII (March 1938) 41 - 54
E.S. Mason, Price Inflexibility, Review of Economic Statistics (May 1938) 53 - 64
zitiert nach Shepherd, a. a. O. S. 15, Fn. 12

3.2. Aussagen der Oligopoltheorie

Ausgangspunkt aller Oligopoltheorien ist die Erkenntnis, daß auf einem Markt mit einer begrenzten, d.h., überschaubaren Anzahl von Anbietern, jeder der Anbieter durch jede Aktion eines Wettbewerbers unmittelbar betroffen ist. Im Gegensatz zu einem Markt von beispielsweise 100 Anbietern gleicher Größe, in dem eine Produktionserhöhung eines Anbieters um 20 % den Verkauf jedes anderen Anbieters nur um 0,2 % beeinflußt, hätte eine gleichgroße prozentuale Produktionssteigerung auf einem Markt mit nur vier Anbietern für jeden Konkurrenten tiefgreifende Folgen. Ein Versuch, die erhöhte Produktion mit Hilfe von im Vergleich zu den Wettbewerbern niedrigeren Preisen am Markt bei gleichbleibender Gesamtnachfrage unterzubringen, wird bei allen Mitwettbewerbern sofort ebenfalls eine Preissenkung als Abwehrmaßnahme hervorrufen; der kurzfristig möglicherweise errungene Zuwachs des Marktanteils geht damit wieder verloren. Kurzfristige Gewinnzunahme muß deshalb langfristig mit einem infolge des gesunkenen Preises zurückgegangenen Gewinn pro Produktionseinheit bezahlt werden, der auch nicht mehr über eine gesteigerte Produktion und damit verbundenen günstigeren Stückkosten kompensiert werden kann. Am Ende der Aktion verkaufen alle Hersteller des Oligopols wieder den gleichen Anteil an der Gesamtproduktion, wegen des gefallenen Preises geht es aber allen schlechter als vorher.[39]

Die festgestellte enge gegenseitige Abhängigkeit oder Interdependenz soll bei den Oligopolisten die Erkenntnis hervorgerufen haben, daß sie alle dann am besten fahren, wenn sie jeden Preiswettbewerb vermeiden und sich auf einen gemeinsamen Preis einigen, um auf diese Weise alle möglichst viel zu verdienen.

---

39 Beispiel nach R. Caves, American Industry, Structure, Conduct, Performance, S. 36

Daß diese Erkenntnis sich auch tatsächlich durchgesetzt hat, zeigt sich an einer Vielzahl von oligopolistisch strukturierten Märkten, in denen schon seit Jahrzehnten so gut wie kein Preiswettbewerb zwischen einzelnen Herstellern mehr stattgefunden hat. Als Beispiel seien hier nur die bekanntesten, die Automobilindustrie, die Zigaretten-, Gips- und Aluminiumhersteller genannt.
Diese aus der Sicht der Oligopolisten erwünschte weil zur Gewinnmaximierung verhelfende Verhaltensweise steht jeder Wettbewerbspolitik, die nicht nur den Schutz des Wettbewerbers zum Ziel hat, diametral entgegen. Sie bedeutet die Ausschaltung des bedeutendsten Wettbewerbsparameters, des Preiswettbewerbs, und führt dazu, daß auch im Oligopol Monopolpreise verlangt werden können.
Natürlich haben die Antitrustgesetze die Gefahr von Preisabsprachen erkannt und solche bereits unter Sec. 1 Sherman Act als "contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade" verboten. Sofern also den Oligopolisten Preisabsprachen nachzuweisen sind, müssen sie mit den Sanktionen der bestehenden Antitrustnormen rechnen.

3.3. Bildung eines gemeinsamen Preises ohne Absprache

Nach Ansicht der Oligopoltheoretiker kommt jedoch ein gemeinsamer Preis der Oligopolisten auch dann zustande, wenn sie sich durch die Vorschriften des Antitrustrechts von einer offenen oder verdeckten Kollusion abhalten lassen. Durch die besondere Struktur des Oligopols soll dies möglich sein.
E.H. Chamberlin[40] ging bei seinen Überlegungen von einem Markt mit zwei Anbietern gleicher Größe und Kostenstruktur aus, die im Bewußtsein gegenseitiger Interdependenz ein Gleichgewicht herstellen. Das Ergebnis seiner Überlegungen

---

40 Duopoly: Value where Sellers Are Few, Quaterly Journal of Economics, Nov. 1929, S. 63 - 100

war, daß in einem Markt mit zwei oder wenigen Anbietern ohne Absprache ein gemeinsamer Monopolpreis verlangt und gehalten werden kann.

Nicht berücksichtigt ist bei dieser Überlegung, daß der für jeden beteiligten Hersteller günstigste Monopolpreis dann verschieden ist, wenn die Hersteller verschiedene Produktionskosten und damit verschiedene Grenzkostenfunktionen haben. Denn auch bei der Bildung eines Monopolpreises muß die Elastizität der Gesamtnachfrage in einem Markt auf die Preishöhe berücksichtigt werden, d.h., die Gesamtnachfragekurve sinkt bei steigendem Preis. Wenn zwei Hersteller verschiedene Grenzkostenkurven aufweisen, ist der Schnittpunkt dieser Kurven mit der Nachfragekurve, d.h., der Punkt, an dem das günstigste Verhältnis zwischen Produktionsmenge und Preishöhe für den Maximalgewinn liegt,[41] verschieden. Weitere Unterschiede ergeben sich neben weiter unten zu behandelnden Faktoren aus unterschiedlichen Marktanteilen, finanziellen Möglichkeiten zur Kapazitätsvergrößerung und dadurch wiederum verschiedenen optimalen Produktionsmengen und -preisen.

Um bei dieser unterschiedlichen Interessenlage zu einem gemeinsamen Preis zu gelangen, muß eine Lösung des Konflikts gefunden werden. Da Preisabsprachen durch das Wettbewerbsrecht untersagt sind, stellt sich die Frage, ob das Ergebnis eines einheitlichen Preises und die Vermeidung von Wettbewerb auch ohne Kollusion erklärbar ist.

Ein Erklärungsversuch wird von der "Game Theory" beigesteuert. Diese von Neumann und Morgenstern[42] begründete Theorie erklärt mit Hilfe einer mathematischen Formel,

---

41 Scherer, a. a. O., S. 137

42 John von Neumann and Oskar Morgenstern, Theory of Games and Economic Behavior

daß jeder Wettbewerber im voraus berechnen kann, wie ein Konkurrent auf eigene Aktionen reagiert. Jeder Wettbewerber wird sich dann so verhalten, daß die Reaktion des anderen für ihn selbst möglichst wenig Nachteile bringt. Die Game Theory erklärt auch, daß das Auffinden einer solchen am Gegner orientierten Strategie umso einfacher ist, je weniger "Mitspieler" berücksichtigt werden müssen.[43] Das Ergebnis einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ist daher beim engen Oligopol wesentlich einfacher zu erreichen als beim weiten Oligopol.

Die sog. "Kinked Demand Curve Theory" kommt zu zwei Voraussagen:

1. Wenn die Gesamtnachfrage relativ unelastisch ist, wird kein Oligopolist die Preise senken, da entsprechende Preissenkungen der Konkurrenten jede Gewinnzunahme annullieren würden.
2. Bei geringen Änderungen der Kosten- und Nachfragebedingungen tendieren Oligopolpreise zur Starrheit.

Die Einzelheiten der Theorie sollen hier nicht ausgeführt werden.[44] Erwähnenswert erscheint aber, daß die Theorie zwar erklärt, wie es zur Preisstarrheit im Oligopol kommt, daß sie aber davon ausgeht, daß Konkurrenten im Oligopol Preiserhöhungen nicht mitmachen, um bei gleichbleibenden Preisen ein Stück vom Marktanteil des erhöhenden Oligopolisten zu erwerben. Wegen dieser vorhersehbaren Reaktion soll jeder Wettbewerber davon absehen, die Preise zu erhöhen. Die Theorie gibt also keine Erklärung dafür, wie die Preise ihre derzeitige Höhe erreicht haben.

---

43 Vgl. dazu auch Brodley, Oligopoly Power Under the Sherman and Clayton Acts - From Economic Theory to Legal Policy, 19 Stan. L. Rev. 285 (1967)

44 Vgl. dazu Scherer, a. a. O., S. 145 ff

Ein Weg zur Aufrechterhaltung gemeinsamer Oligopolpreise bei sich ändernden Kosten- und Nachfragebedingungen, meist in Form gemeinsamer Preiserhöhungen in gleichem Umfang, bietet sich durch die Preisführerschaft. Dabei kann man 3 Formen der Preisführerschaft unterscheiden:

1. Preisführerschaft eines dominierenden Anbieters:
Ein Anbieter ist wesentlich größer als alle Konkurrenten, er besitzt einen Marktanteil von über 50 %.
Diese Art der Preisführerschaft ist nicht typisch für oligopolistisch strukturierte Märkte, da es keine Rolle spielt, ob sich der restliche Marktanteil auf wenige oder viele Firmen verteilt. Voraussetzung ist, daß die Überlegenheit des Preisführers so groß ist, daß die Wettbewerber damit rechnen müssen, im Falle eines Preiskrieges kurzfristig erlangte Vorteile mit der Gefahr des Bankrotts bezahlen zu müssen.

2. Kollusive Preisführerschaft:
Mit diesem Ausdruck ist nicht gemeint, daß eine ausdrückliche Preisabsprache vorliegt, sondern daß sich alle Anbieter bewußt sind, daß das Ziel dieser Preisführerschaft die Erlangung von Monopolpreisen ist. Voraussetzung dafür ist, wie Professor Markham[45] erklärt hat: "Die Mitglieder des Marktes müssen erkannt haben, daß ihr gemeinsames Interesse an kooperativem Preisverhalten gegenüber dem Interesse an unabhängigem Verhalten überwiegt; die führenden Firmen müssen einen bedeutenden Preisspielraum haben."

Der vom Preisführer festgesetzte Preis wird von den Preisfolgern übernommen, meist innerhalb kurzer Zeit. Der Preisführer seinerseits kann sich darauf verlassen, daß die folgenden Firmen nicht versuchen, aus gleichbleibenden Preisen vorübergehend Vorteile in Bezug auf Marktanteile zu erringen, da diese sofort durch die entsprechende

---

45 zitiert nach Scherer, a. a. O., S. 166

Reaktion einer Preissenkung des Marktführers wieder beseitigt wären. Als Preisführer tritt meist die größte Firma auf, oft auch die Firma mit den günstigsten Herstellungskosten, da diese eine Gewinnmaximierung bei niedrigerem Endpreis erreicht und kein Interesse daran hat, die sich auf die Gesamtnachfrage negativ auswirkenden Preise zu verlangen, bei denen erst der Maximalgewinn der Konkurrenten erreicht wäre.

3. Barometrische Preisführerschaft:
soll sich von der kollusiven Preisführerschaft dadurch unterscheiden, daß der Preisführer nur als Barometer sich verändernder Marktbedingungen agiert. Die anderen Firmen folgen den Preisfestsetzungen des Preisführers nur, weil sich die Veränderung der Marktbedingung auf sie im selben Maße auswirkt.

Ob es tatsächlich so etwas wie eine barometrische Preisführerschaft gibt, ist umstritten. Ihre Anerkennung würde nämlich bedeuten, daß in einem Markt, in dem der Wettbewerb funktioniert, jeder Marktteilnehmer jede Kostenerhöhung an die Abnehmer weitergeben kann. Daß dies nicht der Fall ist, ergibt sich daraus, daß erhöhte Kosten genauso durch Kapazitätserweiterung oder Rationalisierung aufgefangen werden können, und ein Wettbewerber, der diesen Weg geht, dem, der die Preise erhöht, erhebliche Marktanteile wegnehmen wird. Die Preiserhöhung wäre also nicht immer durchzusetzen.
Deshalb scheint eine mit allgemeiner Kostenerhöhung begründete Preissteigerung im Oligopol wie bei der kollusiven Preisführerschaft nur wegen der besonderen Konstellation der erkannten gemeinsamen Interessen möglich.

Eine andere Methode der Preisfindung ist das sog. "Full Cost Pricing". Geschäftsleute setzen den Preis ihres Produktes fest, indem sie zu den vollen Kosten einen gewissen Gewinnanteil addieren, wobei von konstanten Produktionsmengen ausgegangen wird. Eine besondere Form des "Full Cost Pricing" ist das "Target Return Pricing", bei dem als Geschäftsziel ein bestimmter Prozentsatz des eingesetzten Kapitals als Gewinn bei einer bestimmten Auslastung der Kapazität angesetzt wird. Um diese Art der Preisgestaltung auch bei einer Rezession durchhalten zu können, nämlich bei sinkender Gesamtnachfrage nicht die Preise senken zu müssen, sondern den Ausstoß verringern zu können und die Preise sogar zu erhöhen und dadurch die angestrebte Gewinnquote zu erreichen, wie dies beispielsweise General Motors über Jahrzehnte praktiziert hat, bedarf es einer Marktkonstellation, in der die Gefahr einer Preisunterbietung durch Wettbewerber nicht besteht.
General Motors und DuPont konnten beispielsweise ein Gewinnziel von 20 % des Eigenkapitals nach Abzug von Steuern verfolgen, was eine Amortisierung des investierten Aktienkapitals innerhalb von fünf Jahren bedeutet.[46]

Ein Weg, bei Preisveränderungen ohne Absprache den Preis zu erraten, den ein Wettbewerber verlangen würde, ist die Methode des "Focal Point Pricing".
Nach dieser von Thomas Schelling[47] entwickelten Theorie gibt es bestimmte "Brennpunkte", die ohne ausdrückliche Absprache von der Mehrzahl aller Menschen als solche angesehen werden. Ein Beispiel soll die Theorie verdeutlichen:
Schelling stellte 36 Personen die Frage, wo und wann sie sich mit einer anderen Person treffen würden, von der sie nur wüßten, an welchem Tag das Treffen in New York statt-

---

46 Blair, Economic Concentration, S. 475
47 Schelling, Thomas C., The Strategy of Conflict

finden soll, ohne genaue Ortsangabe und Uhrzeit. Die Mehrzahl der befragten Personen entschied sich für 12.00 Uhr mittags am Grand Central Bahnhof.
Im Wirtschaftleben gibt es verschiedene solcher Focal Points, wie z.B. runde Zahlen, die Teilung eines Differenzbetrags, im Einzelhandel Preisauszeichnungen wie 4,99 DM, 999,-- DM und ähnliche.

Alle aufgezeigten Preisfindungsmethoden können einige Akpekte einer kollektiven Preisfindung ohne Absprache erklären, einzig jedoch das Verhalten nach dem Prinzip der Preisführerschaft ist geeignet, alle in der Wirklichkeit vorkommenden Phänomene wie Preisstarrheit bei Nachfragerückgang oder sogar Preiserhöhungen, Beschränkung der Produktion trotz unausgelasteter Kapazitäten und andere der klassischen Wirtschaftstheorie zuwiderlaufende Erscheinungsformen mangelnden Wettbewerbs zu erklären.

3.4. Faktoren, die die Bildung eines Oligopolpreises beeinflussen

Ein gewichtiger Faktor für das Funktionieren einer Preisbildung nach dem Prinzip der Preisführerschaft ist die Struktur des jeweiligen Marktes. Die Struktur des Oligopols wird neben dem Grad der Konzentration und der Anzahl der Anbieter, über die schon oben gesprochen wurde, geprägt durch weitere Unterscheidungsmerkmale.

3.4.1. Produktdifferenzierung

Produktdifferenzierung ist der Versuch eines Herstellers, sein Produkt für den Abnehmer als von einem gleichartigen Konkurrenzprodukt verschieden erscheinen zu lassen und damit in den Augen des Abnehmers die Substituierbarkeit der beiden Produkte zu beseitigen. Wenn der Abnehmer eine

gewisse Präferenz für eine Seife der Firma A entwickelt hat, wird er sich nicht unbedingt durch ein preisgünstigeres Angebot der Firma B zum Kauf der Seife B verleiten lassen, auch wenn diese Seife objektiv genauso gut ist. Auch eine Preiserhöhung kann von der Firma A gewagt werden, ohne daß sie befürchten muß, daß die Kunden zu der objektiv preisgünstigeren Seife B überwechseln. Produktdifferenzierung gibt also einer Firma einen größeren Spielraum bei der Gewinnmaximierung.

Die Möglichkeit zur Produktdifferenzierung nimmt mit der Zahl der Teile, aus denen ein Produkt besteht, und mit der Zahl und Uninformiertheit der Abnehmer zu. So gibt es praktisch keine natürliche Differenzierung bei Rohstoffen. Der höchste Grad von Differenzierung besteht in der Verbrauchsgüterindustrie, wo der Endverbraucher, von massiver Werbung beeinflußt, die objektiven Qualitäten verschiedener Produkte nicht vergleichen kann. Werden Waren dagegen an die weiterverarbeitende Industrie verkauft, sieht sich der Anbieter in der Regel einem informierten Abnehmer gegenüber, der mit Hilfe technischer Kenntnisse die Ware an eigenen Standards zu messen in der Lage ist und so das im Verhältnis zum Preis günstigste Angebot herausfindet. Dem Anbieter ist es in diesem Fall unmöglich, zu einem höheren als dem Marktpreis zu verkaufen.
Auf einem Markt mit starker Produktdifferenzierung kann also mit Preisen gerechnet werden, die über dem Niveau von Wettbewerbspreisen liegen. In Märkten mit wenig Möglichkeiten zur Differenzierung sollte dagegen ein reger Wettbewerb erwartet werden. Ist dies nicht der Fall, deutet eine bestehende Preisstarrheit darauf hin, daß andere Kräfte den Wettbewerb unterbunden haben.

Bei völliger Homogenität eines Produktes bleibt als einziges Unterscheidungsmerkmal der Preis.

Das Interesse eines Herstellers in einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb wird deshalb dahin gehen, sein Produkt möglichst stark zu differenzieren, um damit nicht auf jede Preissenkung eines Mitbewerbers ebenfalls mit Preisreduktion reagieren zu müssen, sondern die Höhe seines Umsatzes ohne Gewinneinbußen halten zu können. Sofern sich eine Differenzierung des Produktes selbst nur schwer herbeiführen läßt, bestehen Differenzierungsmöglichkeiten u.a. beim Service, bei den Verteilungswegen oder bei den Lieferbedingungen.

Der bei funktionierendem Wettbewerb von den Herstellern angestrebte hohe Grad der Differenzierung zur Erhaltung einer weitgehenden Unabhängigkeit bei der Preisfestsetzung ist ein Hindernis bei der Bildung von gemeinsamen Monopolpreisen ohne Absprache. Je größer die Produktdifferenzierung, desto weniger vergleichbar sind die einzelnen Produkte. Preisfestsetzungen der Konkurrenten oder des Preisführers sind wegen der unterschiedlichen preisbildenden Faktoren bei jedem einzelnen Hersteller nicht kalkulierbar. Es fehlt die gemeinsame Basis, auf der sich ein gemeinsamer Oligopolpreis bilden kann.
Oligopole tendieren deshalb dazu, in ohnehin wenig differenzierten Produktmärkten auch außerhalb des Produktes liegende Differenzierungsmöglichkeiten zu beseitigen. Gelingt dies, ist die Bildung eines Oligopolpreises auch ohne Absprache nach dem Prinzip der Preisführerschaft nicht schwierig. Ein Beispiel dafür bieten die Frachtbasensysteme in der Zementindustrie.[48]

---

48 Eine ausführliche Darstellung findet sich in Juschka K.O., Die amerikanischen Frachtbasensysteme und ihre Beurteilung nach der "spontaneous evolution"-Theorie, WuW 1972, 271 ff

Wenn in einem Oligopol Tendenzen erkennbar sind, Produktdifferenzierung durch Standardisierung zu beschränken, ergibt sich daraus der Schluß, daß eine gemeinsame Preisbildung in diesem Stadium wegen zu starker Verschiedenheit der Produkte noch nicht möglich ist; falls ein Preiswettbewerb auf diesem Markt trotzdem nicht mehr stattfindet, muß angenommen werden, daß dies die Folge kollusiver Absprachen ist. Leider trägt auch der Gesetzgeber mit zum Teil notwendigen technischen Vorschriften, z.B. bei Autoreifen, zu einer Standardisierung der Produkte bei.

3.4.2. Marktzutrittsschranken

Die für Oligopolisten unangenehme Kehrseite geringer Produktdifferenzierung zeigt sich bei einem weiteren Marktstrukturelement, den Marktzutrittsschranken. Das Interesse des Oligopols geht nicht nur dahin, bestehenden Wettbewerb auszuschalten, sondern auch dahin, potentielle neue Wettbewerber vom Markt abzuhalten.
Wie ein Einzelmonopolist kann das Oligopol die Preise im besten Fall so hoch ansetzen, daß nicht ein neuer Wettbewerber durch die in Aussicht stehenden Gewinne angelockt wird, in diesem lukrativen Markt mitzuverdienen. Der Oligopolpreis kann dabei umso höher sein, je höher die Schranke ist, die ein Newcomer überwinden muß, ehe er gewinnbringend in dem neuen Markt produzieren kann.

Produktdifferenzierung stellt eine solche Marktzutrittsschranke dar. Sie ermöglicht es dem Abnehmer, gewisse Präferenzen für ein bestimmtes Produkt zu bilden. Der Hersteller verfügt über ein Reservoir an "Good Will"[49], über Serviceleistungen, die einen guten Ruf haben oder über ein breites Angebot. Für einen neuen Anbieter ist

---

49 Caves, American Industry, S. 27

es nicht damit getan, ein ebenso gutes Produkt zu einem günstigeren Preis anzubieten, er muß darüber hinaus durch aufwendige Verkaufsförderung den Abnehmer davon überzeugen, daß es sich tatsächlich um ein Ersatzprodukt für das von ihm seither bevorzugte handelt.

3.4.3. Patente

Mit zu den wirksamsten Zutrittsschranken zählen Patente. Wenn die marktbeherrschenden Unternehmen ihre Produktion mit Patenten abgesichert haben, hat ein potentieller Mitbewerber entweder gar keine Möglichkeit, auf dem Markt aufzutreten, oder er kann wegen hoher Lizenzgebühren nur wesentlich teurer produzieren.

3.4.4. Absolute Kosten und Economies of Scale

Eine weitere Schranke liegt bei verschiedenen Industriezweigen in den absoluten Kosten, die notwendig sind, eine neue Produktionsanlage aufzubauen.
Verwandt damit ist das Problem, daß gewisse Produkte bei zunehmender Produktionsmenge immer billiger werden, daß mit anderen Worten mit der Zunahme der Größe einer Fabrik die Kosten sinken, sog. "Economies of Scale".

3.4.5. Geringe Nachfrageelastizität

Geringe Nachfrageelastizität, d.h., wenig Möglichkeiten der Abnehmer, bei Preisveränderungen auf ein anderes Produkt auszuweichen oder die Abnahme einzuschränken, begünstigt Preisstarrheit und Oligopolpreise, weil Preisveränderungen keine zusätzlichen Abnahmekapazitäten eröffnen, sondern jede Vergrößerung des Marktanteils auf Kosten eines Wettbewerbers geht.

3.4.6. Steigende Gesamtnachfrage

Bei insgesamt steigender Gesamtnachfrage eröffnen sich für einen Preiswettbewerb günstige Perspektiven, da neue Marktanteile geschaffen werden können, ohne gleichzeitig den bestehenden Anteil eines Wettbewerbers zu beeinträchtigen. Die Dynamik des Marktes verhindert, daß die in einem statischen Markt eher vorhersehbaren Reaktionen zu einem gemeinsamen Verhalten der Anbieter führen.

3.4.7. Abnehmerkonzentration

Umstritten ist die Auswirkung einer starken Konzentration auf der Abnehmerseite. Nach der Theorie Galbraiths von der "countervailing power" sollen starke Abnehmer ein wirksames Gegengewicht zu konzentrierten Anbietern darstellen. Selbst wenn diese Annahme richtig ist, ergibt sich nur eine Verlagerung des Problems, wenn der unorganisierte Endverbraucher dann schließlich einer stark konzentrierten Zwischenhandelsstufe gegenübersteht und diese die Monopol- oder Oligopolgewinne einstreicht.

3.4.8. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich zur Marktstruktur sagen, daß die Möglichkeit zur Bildung von Oligopolpreisen begünstigt wird durch möglichst wenige Anbieter, hohe Marktzutrittsschranken, geringe Nachfrageschwankung bei stagnierender gesamtwirtschaftlicher Entwicklung. Geringe Produktdifferenzierung erleichtert Abstimmung zwischen Oligopolisten, hohe Produktdifferenzierung erhöht Marktzutrittsschranken.

Erschwernisse für die Aufrechterhaltung von Oligopolpreisdisziplin ergeben sich neben hoher Produktdifferenzierung und unterschiedlichen statischen Kostenstrukturen auch bei starker Gesamtnachfrageschwankung, wenn die Fixkosten hoch

und die Grenzkosten niedrig liegen. Der Anreiz für den einzelnen Anbieter ist dann groß, auch durch nur geringfügigen Umsatzzuwachs den Profit wesentlich zu verbessern. Als Beispiel sei die Situation der in den USA privaten Eisenbahnen genannt: Die Kosten zur Unterhaltung der Bahnanlagen und des rollenden Materials sind hoch, die zusätzlichen Kosten, wenn an einen Zug ein zusätzlicher Wagen angehängt wird, minimal.

Ein Zusammenbruch der Preisdisziplin ist auch dort wahrscheinlich, wo eine Durchbrechung nicht sofort von Wettbewerbern erkannt werden kann, so daß dem Ausscherenden wenigstens für eine gewisse Zeit die Vorteile einer Preisunterbietung erhalten bleiben. In diesen Fällen besteht die Möglichkeit, daß die von Gardiner C. Means als "Administered Prices"[50] bezeichnete Preisstarrheit bei einer Rezession nicht mehr durch die sonst in Oligopolen übliche gemeinsame Reduktion der Produktion aufrechterhalten werden kann.

Es sind hier nicht alle Faktoren berücksichtigt worden, die für das Zustandekommen von Oligopolpreisen maßgeblich sein können. Die wichtigsten sind jedoch angesprochen und werden im Rahmen der rechtlichen Ansatzpunkte zur Lösung des Oligopolproblems als Plausibilitätsmaßstab dienen, insbesondere bei der Interpretation von Sec. 1 und 2 Sherman Act bei der Frage, ob gemeinsame Oligopolpreise durch, wenn auch sorgfältig geheimgehaltene, Absprachen oder durch "spontaneous evolution",[51] das bloße Bewußtsein der Interdependenz, zustandegekommen sind.

---

50 Industrial Prices and Their Relative Inflexibility, Senate Document 13, 74th Congress, 1st Session zitiert nach Shepherd, Market Power and Economic Welfare, S. 15 Fn. 9

51 so Juschka, a. a. O., S. 283

4. Sec. 1 Sherman Act zur Verhinderung von Preisparallelität

Sec. 1 Sherman Act, der besagt:

> "every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce ... ist hereby declared illegal",

ist in der Anwendung der sog. "per se rule" die Kernvorschrift zur Unterbindung von Preisabsprachen. Soweit Preisabsprachen tatsächlich nachgewiesen werden können, sind diese als "conspiracy in restraint of trade" illegal.

Während man parallele Preise im atomistisch strukturierten Markt ohne Zwang als Ergebnis illegaler Preisabsprachen ansehen kann, ist dies nach den Erkenntnissen der Theorie der gegenseitigen Abhängigkeit im Oligopol nicht ohne weiteres möglich. Wie oben dargestellt, kann es nach dieser Theorie auch ohne ausdrückliche Absprachen zu parallelem Preisverhalten kommen. Eine Gleichsetzung von "Conscious Parallelism" (bewußtem Parallelverhalten) mit "Conspiracy" wird von der herrschenden Meinung aus dogmatischen Gründen bislang abgelehnt.[52]

4.1. Conscious Parallelism - Die Ansicht Posners

Für eine Anwendung von Sec. 1 Sherman Act auf gleichförmiges Preisverhalten im Oligopol spricht sich Professor Posner aus.[53] Er sieht darin ein geeignetes Mittel zur Lösung des Problems der Preisparallelität.

---

52 Hibner, Oligopoly Under Attack, St. John's L. Rev. 44 (1970), 743, 754

53 Posner, The Supreme Court and Antitrust Policy, a New Direction, 44 ABA Antitrust L.J. 141 - 168
ders. in Oligopoly and the Antitrust Laws, 21 Stan. L. Rev. (1969), 1562 ff

Posners rechtlicher Ansatzpunkt ist vor dem Hintergrund seines von der sog. "Chicagoer Schule" geprägten Verständnisses der Zusammenhänge des Oligopolpreisverhaltens zu sehen, das im Gegensatz zur "Harvard Schule" die Möglichkeit eines interdependenten Parallelverhaltens ohne ausdrückliche Absprache verneint.
Posners Kritik an der Oligopoltheorie setzt bei der Annahme an, daß Unternehmen in konzentrierten Märkten deshalb keine Preissenkungen vornehmen, weil sie damit rechnen, daß die eigene Preissenkung sofort von den Konkurrenten gekontert wird. Nach Posner ist dabei nicht berücksichtigt, daß zwischen Aktion und Reaktion eine beträchtliche Zeitspanne liegen kann, wenn beispielsweise die Preissenkung geheim gehalten werden kann, wenn die Konkurrenten über ihre eigenen Schritte unsicher sind, ebenso, wenn die Gesamtnachfrage bei gesunkenem Preis steigt und die Konkurrenten die Produktion nicht sofort erhöhen können. In diesen Fällen zahle sich auch im Oligopol Preiswettbewerb aus.

Die Auswirkung einer Produktionsausweitung durch Preissenkung auf die Wettbewerber werde überbewertet. Zum einem rekrutiere sich ein Teil der zusätzlichen Käufer aus Leuten, die zu dem höheren Preis überhaupt nicht gekauft hätten. Zum anderen hinke der Vergleich zwischen konzentriertem und atomistischem Markt bei der üblichen Vergleichsmethode der Auswirkung von prozentualer Produktionssteigerung. Wenn man von einer absoluten Steigerung der Stückzahl ausgehe, so treffe eine Steigerung von 1000 Einheiten die Wettbewerber im Oligopol wie im atomistischen Markt gleichermaßen. Weitere Einwendungen[54] führen Posner zu dem Schluß, daß die Oligopoltheorie nicht geeignet ist, eine angemessene Erklärung dafür zu geben, warum Preise im Oligopol über Wettbewerbsniveau liegen.

---

54 Posner, Oligopoly and the Antitrust Laws, S. 1567 - 1569

Posner sieht die einzig mögliche Erklärung dieses Phänomens darin, daß die Marktbeteiligten in Kollusion miteinander stehen. Da Sec. 1 offene Kollusion verbietet, sind die Unternehmen auf heimliche Absprachen ausgewichen. Die Bildung eines für alle akzeptablen Preises und die Überwachung der Einhaltung solcher Absprachen ist, da sie mit legalen Mitteln nicht durchgeführt werden kann, schwierig und kostspielig, wenn der latenten Gefahr vorgebeugt werden soll, daß einzelne aus dem gemeinsam festgelegten Preisgefüge ausbrechen, ohne daß dies von den anderen sofort bemerkt wird.

Unter seinem Blickwinkel stellt für Posner das Oligopol, insbesondere das enge Oligopol, eine Marktkonstellation dar, die die Bildung und Überwachung von kollusiven Absprachen entscheidend erleichtert. Je weniger Unternehmen an der Preisabsprache beteiligt sind, desto eher läßt sie sich geheimhalten und durchführen. Aber selbst in dieser "günstigen" Marktkonstellation sieht Posner Schwierigkeiten, einen einmal gefundenen Akkord durchzuhalten. Für ihn ist deshalb ein gleichförmig über einen längeren Zeitraum über Wettbewerbsniveau liegender Preis ein Beweis für das Vorliegen einer kollusiven Absprache.

Eine Einschränkung macht Posner nur für ganz wenige außergewöhnliche Fälle, in denen ein homogenes Produkt von nur zwei oder drei gleichgroßen Unternehmen auf einem Markt angeboten wird. Das Zustandekommen einer Preisabsprache durch "Tacit Collusion" sei aber in diesem Fall genauso wie "Explicit Collusion" zu werten.

Hier zeigt sich wieder die Skepsis Posners gegenüber der Oligopoltheorie. Zwar gesteht er bei einer besonderen Konstellation die Möglichkeit einer stillschweigenden Übereinkunft zu, bewertet diesen Fall aber mit der Begründung der gleichen tatsächlichen Auswirkung wie ausdrückliche Preisabsprachen, weil er wohl im Grunde auch hier an eine, wenn auch besonders schwer beweisbare "Explicit Collusion" glaubt.

4.2. Interpretation von Sec. 1 Sherman Act

Der Wortlaut von Sec. 1, insbesondere auch seine Eigenschaft als Norm des Strafrechts neben der zivilrechtlichen Schadensersatzvorschrift, verlangt den Nachweis einer kollektiven Verhaltensweise, die durch ein "meeting of the minds" getragen ist. Posners Vorschlag beschränkt sich nun nicht darauf, aufgrund des Nachweises parallelen Verhaltens, das über einen längeren Zeitraum hinweg zu überhöhten Preisen geführt hat, auf das Vorliegen einer kollusiven Absprache zu schließen, wie dies nach seiner Interpretation der Oligopoltheorie eigentlich möglich wäre. Er geht noch einen Schritt weiter und setzt die Fälle, in denen auch nach seiner Auffassung ein bloßes paralleles Verhalten ohne ausdrückliche Absprache zustande kommen kann, als "tacit collusion" der "explicit collusion" gleich.

Er vergleicht den Fall, in dem Unternehmen A seine Produktion in der Erwartung senkt, daß Unternehmen B ebenso verfährt, und Unternehmen B tatsächlich der Erwartung entspricht, mit dem Fall, in dem jemand öffentlich 10 Dollar demjenigen verspricht, der einen entlaufenen Hund zurückbringt.[55] Im letzteren Fall einer öffentlichen Auslobung steht dem Finder, der den Hund wieder bringt, nach amerikanischem Recht ein Anspruch aus einseitigem Vertrag zu. Im ersteren Fall macht Unternehmen A ein "Angebot" durch Senkung der Produktion, das vom Unternehmen B "angenommen" wird, indem es ebenfalls die Produktion senkt.
Anzumerken ist, daß die Produktionssenkung unter dem Aspekt der Verknappung des Angebots und damit der Erhöhung der Preise erfolgt.

---

55 Posner, Oligopoly and the Antitrust Laws, S. 1576

Mit diesem Beispiel weist Posner die Verträglichkeit seiner Interpretation von Sec. 1 Sherman Act mit den hergebrachten Prinzipien des amerikanischen Rechts nach. Auf die Frage des Vertragsschlusses durch konkludentes Handeln geht er wohl deshalb nicht näher ein, weil auch nach amerikanischem Recht ein "meeting of the minds" auch ohne wörtliches Angebot und Annahme zustandekommen kann.

4.3. Beweisfragen

Mit der Gleichsetzung von tacit collusion = explicit collusion reduziert sich für Posner die Frage, ob überhöhte Preise Folge eines Verstoßes gegen Sec. 1 Sherman Act sind, auf das Problem, das tatsächliche Vorliegen von über Wettbewerbsniveau liegenden Preisen festzustellen. Nach seinem Verständnis sind solche Preise in jedem Fall unter Verstoß gegen Sec. 1 zustande gekommen, sei es durch ausdrückliche oder stillschweigende Absprachen. Einen sanktionslosen Freiraum für bloßen conscious parallelism gibt es nicht.

Ob die Preisbildung unter Bedingungen unvollkommenen Wettbewerbs erfolgt ist, soll anhand von Indizien festgestellt werden.
Ein solches Indiz ist systematische Preisdiskriminierung. Preisdiskriminierung kann nur in einem Markt über längere Zeit aufrecht erhalten werden, in dem kein Wettbewerb herrscht, da der diskriminierte Abnehmer sonst bei einem Konkurrenten einkaufen könnte.

Vereinfachte Preissysteme, die die tatsächliche Kostenverteilung nivellieren, sind Anzeichen für Kollusion. Überschußkapazitäten, geringe Preisschwankungen, abnorm hohe Gewinne und Preisführerschaft, gleichbleibende Marktanteile über lange Zeit, identische Angebote bei Ausschreibungen von nicht standardisierten Produkten lassen

bei vorsichtiger Würdigung auf kollusives Verhalten schließen. Posner zieht zur Beweiswürdigung also im wesentlichen die Umstände heran, die nach der Oligopoltheorie Folge der Interdependenz und damit rationalen Verhaltens der Oligopolisten sind.

4.4 Sanktionen

4.4.1. Strafrechtliche Sanktionen

Voraussetzung einer sinnvollen Anwendung von Sec. 1 gegen Preisparallelität ist das Vorliegen von geeigneten Sanktionen. Dabei ist zwischen den strafrechtlichen und zivilrechtlichen Rechtsfolgen zu unterscheiden. Die von Posner in seinem Aufsatz von 1969[56] noch bedauerte Unzulänglichkeit der Qualifikation als "misdemeanor" mit Höchststrafen von 50 000 Dollar und Freiheitsstrafe von einem Jahr ist seit 1974 durch den "Antitrust Procedures and Penalties Act"[57] beseitigt. Verstöße gegen Sec. 1 Sherman Act sind jetzt als "felony" mit Geldstrafen bis 100 000 Dollar und 3 Jahren Gefängnis für natürliche und 1 Mio Dollar für juristische Personen strafbar.[58] Obwohl Haftstrafen vergleichsweise selten verhängt wurden,[59] sind die Gerichte dazu übergegangen, immer höhere Geldstrafen auszusprechen. So verhängte ein Bezirksgericht in einem Fall gegen die "Brighton Building and Maintenance Co." neben Freiheitsstrafen von 30 und 24 Monaten Geldstrafen von insgesamt 600 000 Dollar gegen ein Unternehmen und von je 500 000 Dollar gegen drei andere.[60]

---

56 Posner, Oligopoly and the Antitrust Laws

57 88 Stat. 1706, 15 U.S.C.A. § 16 (1974)

58 Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust, S. 323

59 Vgl. für einen Fall der "price fixing conspiracy", in dem mehrere Gefängnisstrafen verhängt wurden: J. Fuller, The Gentlemen Conspirators: The Story of the Price Fixers in the Electrical Conspiracy (1962)

60 CCH Tr. Reg. Reports Nr. 314 (Januar 1978)

Mit dieser strengen Handhabung der Strafvorschrift ist für Teilnehmer an Preisabsprachen das Risiko bei einer Verurteilung beträchtlich gestiegen. Dieses erhöhte Risiko könnte bei der Kalkalution der wirtschaftlichen Vor- und Nachteile von Preisabsprachen dazu führen, daß sich mancher potentielle "Verschwörer" wegen den zu erwartenden Sanktionen und der Gefahr der Entdeckung von Preisabsprachen abschrecken läßt.

4.4.2 Zivilrechtliche Sanktionen

Neben den strafrechtlichen Sanktionen kann die Regierung im Wege des Zivilverfahrens "for equitable relief" klagen. Die Rechtsfolge in diesem Verfahren geht auf Beseitigung des rechtswidrig verursachten Zustandes. Da Sec. 1 Fälle herkömmlicherweise als Verstöße gegen eine Verhaltensnorm angegesehen werden, wird von den Gerichten üblicherweise eine "injunction" erlassen, die ein bestimmtes Verhalten oder Unterlassen anordnet. Daneben können Unternehmen, die Preisabsprachen treffen, von Betroffenen, die dadurch Schaden erlitten haben, auf dreifachen Schadensersatz in Anspruch genommen werden (Sec. 4 Clayton Act).

Unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung sind die Sanktionen nur dann wirkungsvoll, wenn sie die Kosten des "price-fixing" genügend in die Höhe treiben, um potentielle Konspirateure abzuschrecken. Dies ist nur dann der Fall, wenn der aus einer Preisabsprache fließende Gewinn um ein Vielfaches von dem drohenden Schaden bei einer möglichen Entdeckung übertroffen wird. Posners ursprüngliche Kritik an der Unzulänglichkeit der Strafmaßnahmen ist durch die Gesetzesänderung von 1974 teilweise überholt.
Posner sieht für extreme Fälle auch die Möglichkeit einer Entflechtung der an der "conspiracy" beteiligten Unternehmen vor. Im Verfahren der "Equity" ist dies möglich, wenn durch Verhaltensmaßregeln die Gefahr der Wiederholung nicht beseitigt werden kann. Dies soll jedoch nur in Ausnahmefällen gelten.

Obwohl Posner grundsätzlich Untersagungsverfügungen für das angemessene Mittel zur Unterbindung von ausdrücklichen und stillschweigenden Preisabsprachen hält, trägt er den besonderen Bedingungen im engen Oligopol dadurch Rechnung, daß er die Möglichkeit eingesteht, daß Oligopolisten nur durch strukturelle Eingriffe von weiteren kollusiven Absprachen abgehalten werden. In der Regel sollen jedoch Verhaltensmaßregeln ausreichend sein. Da Posner das Argument seiner Kritiker, paralleles Preisverhalten im engen Oligopol sei wegen der gegenseitigen Interdependenz rationales Geschäftsgebaren und könne nicht dadurch unterbunden werden, daß man die Beklagten zu irrationalem Verhalten zwinge,[61] nicht gelten läßt, sind grundsätzlich Maßnahmen, die eine Absprache untersagen, ausreichend und auch sinnvoll, um den Preiswettbewerb wiederherzustellen.

---

61 Turner, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 Harv. L. Rev. (1962), 671

Neale, The Antitrust Laws of the USA, 175
Neale formuliert dies so: "It is no good telling the businessman to stop conspiring if all that is meant by 'conspiring' is reacting intelligently to the situation in which he finds himself."

4.5. Sec. 1 Sherman Act in der Entscheidungspraxis der Gerichte

Die generalklauselähnliche Fassung der Vorschrift Sec. 1 Sherman Act erfordert es, bei der Frage des Anwendungsbereichs der Norm die Auslegung in der Rechtsprechung des Supreme Court zu berücksichtigen, der durch Präzedenzfälle die entscheidende Entwicklung der Norm unter Berücksichtigung der sich ändernden wirtschaftlichen Verhältnisse geprägt hat.

4.5.1. Entwicklung bis 1954

Als Schlüsselfall für die Gleichsetzung von stillschweigender mit ausdrücklicher Kollusion führt Posner die Interstate Circuit Entscheidung[62] an. In diesem Fall hatte der Besitzer einer Filmtheaterkette unter Offenlegung aller Adressen acht identische Briefe an acht verschiedene Filmverleihfirmen geschrieben und verlangt, daß jede Verleihfirma sog. "first run films" nur noch an Filmtheater verleiht, die entweder ein in dem Brief angegebenes Gefüge der Eintrittspreise einhalten oder Karten für "first run films" nur in Kombination mit Karten für gewöhnliche Filme verkaufen.
Die in dem Brief vorgeschlagene Verfahrensweise wurde von den angeschriebenen Filmverleihfirmen tatsächlich in vier Städten in die Praxis umgesetzt.

Der Supreme Court entschied, daß die beklagten Verleihfirmen sich einer "conspiracy in restraint of trade" gem. Sec. 1 Sherman Act schuldig gemacht hatten.

---

62 Interstate Circuit, Inc. v. U.S., 306 U.S. 208 (1939)
Posner, Oligopoly and the Antitrust Laws, S. 1557

Er stützte die Entscheidung auf die Feststellung, daß das Vorliegen einer conspiracy durch folgende Umstände bewiesen sei:

1. Das Vorliegen des Briefes an die acht Verleihfirmen.
2. Die im wesentlichen gleichartige Verfahrensweise der Verleihfirmen entsprechend den Vorschlägen in diesem Brief.
3. Die Tatsache, daß sich die Beklagten nicht auf die Aussage ihrer leitenden Angestellten zum Beweis dafür berufen hatten, daß unabhängige Entscheidungen zu dem gleichförmigen Verhalten geführt hatten.[63]

Tragende Grundlage dieser Entscheidung war also, daß von den vorliegenden mittelbaren Beweisen auf eine ausdrückliche Absprache geschlossen wurde. Es wurden zwar Kriterien der "Performance", nämlich parallele, über sonstigem Niveau liegende Preise, als Beweismittel herangezogen, die einen Rückschluß auf das Vorliegen einer Absprache erlauben. Insoweit brachte Interstate Circuit eine wesentliche Beweiserleichterung für den Kläger. Es lag darüber hinaus aber noch dieser an alle gerichtete Brief vor, der als Bindeglied zwischen den, wenn auch stillschweigenden, Willenserklärungen der Beklagten den Verdacht auf das Vorliegen tatsächlicher Absprachen weiter erhärtete. Deshalb liegt die Bedeutung der Entscheidung, wie auch Posner zugibt,[64] nicht in einer Gleichsetzung von bewußtem Parallelverhalten mit Kollusion, sondern in einer großzügigen Beweiswürdigung.

Weiter geht das "obiter dictum" von Richter Stone, wonach sich die Entscheidung des Gerichts auch darauf hätte stützen lassen, daß sich die Beklagten ohne offene Absprache an das in dem Brief vorgeschlagene Vorgehen in dem Bewußtsein

---

63 306 U.S., 222 - 225

64 Posner, a.a. O., S. 1577

gehalten haben, daß die anderen Adressaten des Briefes ebenso verfahren würden:

While the District Court's finding of an agreement of the distributors among themselves is supported by the evidence, we think that in the circumstances of this case such agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it. Each distributor was advised that the others were asked to participate; each knew that cooperation was essential to successful operation of the plan. They knew that the plan, if carried out, would result in a restraint of commerce, which, we will presently point out, was unreasonable within the meaning of the Sherman Act, and knowing it, all participated in the plan.
The evidence is persuasive that each distributor early became aware that the others had joined. With that knowledge they renewed the arrangement and carried it into effect for the two successive years.

It is elementary that an unlawful conspiracy may be and often is formed without simultaneous action or agreement on the part of the conspirators. 65

Man kann hier tatsächlich von einer Gleichsetzung von bewußtem Parallelverhalten mit Kollusion sprechen. Die von der Oligopoltheorie gegebene Rechtfertigung dieses Verhaltens als rational und notwendig klingt in keiner Weise an. Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, daß die Diskussion um die Preisfindung im Oligopol zum damaligen Zeitpunkt (1939) noch nicht in die Rechtsprechung Eingang gefunden hatte.

Im Jahre 1946 hielt der Supreme Court eine Entscheidung des Berufungsgerichts in Strafverfahren, in denen die drei führenden Zigarettenhersteller wegen "conspiracy" unter Sec. 1 und "joint monopolization" und "conspiracy to monopolize" unter Sec. 2 Sherman Act verurteilt worden waren.[66]

---

65 306 U.S., 226,227

66 American Tobacco Co. v. U.S., 328 U.S. 781 (1946)

Die drei größten amerikanischen Zigarettenhersteller, American Tobacco Company ("Lucky Strike"), Liggot and Myers ("Chesterfield") und R.J. Reynolds ("Camel"), die im Jahre 1931 bei etwa gleichen Marktanteilen 90 % aller amerikanischen Zigaretten herstellten, hatten seit 1928 völlig identische Preis- und Rabattsysteme. Auf dem Höhepunkt der Weltwirtschaftskrise im Jahre 1931, als die Rohtabakpreise den tiefsten Stand seit 1905 erreicht hatten, erhöhten alle drei Produzenten, wie bei vorangegangenen Preiserhöhungen, die Preise nach dem Prinzip der Preisführerschaft. Als daraufhin der Absatz zurückging und der Marktanteil der von Außenseitern produzierten Billigzigaretten von 0,28 % im Jahre 1931 auf 22,78 % im Jahre 1932 stieg, senkten die großen Drei Anfang 1933 die Preise und erreichten so einen Rückgang der Billigzigaretten auf einen Marktanteil von 6,43 %. 1934 erfolgte wieder eine Preiserhöhung und 1940 war das hohe Preisniveau annähernd wieder erreicht.

Während des Preiskampfes versuchten die großen Drei, die Außenseiter durch Druckmittel gegenüber dem Handel und Aufkauf von billigem Tabakmaterial zu bekämpfen.[67] Aus dem festgestellten gleichförmigen Verhalten der Drei über einen langen Zeitraum in Verbindung mit offensichtlich auf Behinderung der Außenseiterproduzenten gerichteten kampfstrategischen Verhaltensweisen leitete das Gericht die Schlußfolgerung ab, daß die großen Drei ihr Verhalten untereinander koordiniert hatten mit dem Ziel, den Wettbewerb zu beschränken (Sec. 1 Sherman Act) und den Markt gemeinschaftlich zu monopolisieren (Sec. 2 Sherman Act, der hinsichtlich dieser Tatbestandsalternative ebenfalls den Nachweis einer Kollusion - conspiracy - erfordert).

---

67 Wegen einer ausführlichen Darstellung in der deutschen Literatur vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 27/28

Der unmittelbare Beweis einer Absprache zwischen den Beklagten wurde nicht geführt und auch gar nicht für nötig erachtet, da die vorliegenden Indizien so eindeutig waren, daß daraus mittelbar auf das Vorliegen einer kollusiven Absprache geschlossen werden mußte.[68] Ausdrücklich wurde das Vorliegen einer solchen Absprache als Beweisergebnis festgestellt. Eine Gleichsetzung von bewußtem Parallelverhalten mit conspiracy erfolgte nicht. Die Bedeutung der Entscheidung liegt vielmehr ebenfalls auf der Ebene der Beweiswürdigung, wobei wiederum die von der Oligopoltheorie behauptete Möglichkeit parallelen Verhaltens ohne ausdrückliche Absprache unberücksichtigt geblieben war.

In United States v. Paramount Pictures[69] war der Supreme Court erneut mit den Vorwürfen der "conspiracy in restraint of trade" (Sec. 1 Sherman Act) und "conspiracy to monopolize" (Sec. 2 Sherman Act) zwischen Filmverleihern und Filmtheatern befaßt. Zu der Frage, ob von jeweils identischen Preisvereinbarungen mit den Filmtheatern auf Preisabsprachen der Verleihfirmen geschlossen werden kann, sagte Richter William O. Douglas:

> "It is not necessary to find an express agreement in order to find a conspiracy. It is enough that a concert of action is contemplated and that the defendants conformed to the arrangement."[70]

Diese Erklärung könnte ohne weiteres die These Posners von der Gleichwertigkeit der "tacit collusion" mit "explicit collusion" stützen. Daß sich Posner selbst nicht auf diese Entscheidung beruft, liegt möglicherweise darin begründet,

---

68 328 U.S. 781, 809/810

69 334 U.S. 131 (1948)

70 334 U.S. 131, 142

daß die Spekulationen auf eine Entwicklung der Rechtsprechung in Richtung auf eine Gleichsetzung von bewußtem Parellelverhalten mit Kollusion durch den Ausspruch des Richters Clark in Theater Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.[71] enttäuscht wurden:

> "... this Court has never held that proof of parallel business behaviour conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behaviour itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behaviour may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy, but 'conscious parallelism' has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely."

Mit dieser Entscheidung hatte der Supreme Court klargestellt, daß er den von manchen erhofften Schritt der Gleichsetzung von "conscious parallelism" und "conspiracy" nicht zu gehen gewillt war. Keine der späteren Entscheidungen hat zu einer Verurteilung wegen bloßem Parallelverhalten geführt. Immer lagen im Fall einer Verurteilung nachweisbare konzertierte Verhaltensweisenauf einer anderen als der Preisebene vor.

---

71 346 U.S. 537 (1954), 541

4.5.2. Entwicklung nach 1954

Durch "Theater Enterprises" war eigentlich keine neue Entwicklung oder ein Rückschritt eingeleitet worden, denn auch die früheren Fälle "Interstate Circuit" und "American Tobacco" hatten das Vorliegen einer Absprache aufgrund der gegebenen Beweise für bewiesen erachtet.

In First National Bank v. Cities Service Co.[72] konnte sich die Beklagte erfolgreich darauf berufen, daß parallele Boykotte deshalb keinen Schluß auf eine "conspiracy" zuließen, weil sie nachweisen konnte, daß sie mit dem ebenfalls boykottierenden Konkurrenten kein gemeinsames Interesse verband.

Im Gegensatz dazu entschied der Supreme Court in United States v. Container Corp.[73], daß aus dem gegenseitigen Austausch von Preisinformation zwischen Konkurrenten, die zu einer geringen Preisbewegung führte, auf das Vorliegen einer conspiracy geschlossen werden konnte.
In diesem Fall wurden zwischen den Konkurrenten keine Preislisten ausgetauscht, die eine statistische Aufzählung aller Verkäufe eines Wettbewerbers enthielten, sondern jeder Wettbewerber erhielt auf Anfrage von seinem Konkurrenten den Preis von dessen letztem Verkaufsgeschäft. Dies geschah in der begründeten Erwartung, daß der Wettbewerber im umgekehrten Fall ebenso handeln werde. Dieses Verhalten qualifizierte das Gericht ohne große Umschweife als "combination or conspiracy, the initial ingredient of a violation of the Sherman Act".[74]

---

72 391 U.S. 253 (1968)
73 393 U.S. 333 (1969)
74 393 U.S. 333/335

Größere Schwierigkeiten ergaben sich bei der Frage, ob diese Absprache "per se illegal" war, wie dies beispielsweise bei eindeutigen Preisabsprachen [75] Marktaufteilungsabsprachen [76] oder Gruppenboykotts [77] der Fall ist. Das Gericht konnte die Frage offenlassen, da es feststellte, daß im zur Entscheidung anstehenden Fall die Absprache zwischen den Wettbewerbern, die einen Marktanteil von etwa 90 % im relevanten Markt hielten, zu dem wettbewerbswidrigen Ergebnis einer Preisstabilisierung und Preisuniformität geführt hatte.

Richter Marshall stimmte zusammen mit zwei weiteren Richtern gegen die Entscheidung, da er der Meinung war, der Informationsaustausch sei nicht mit dem Ziel einer gemeinsamen Preisbildung erfolgt, sondern im Gegenteil dazu geeignet gewesen, die nunmehr bekannten Preise des Wettbewerbers zu unterbieten. Individuelle und nicht kollektive Interessen stünden hinter dem Verhalten der Beklagten. [78]

"Container Corporation" ist ein Beispiel für die Fälle, in denen der Nachweis einer abgestimmten parallelen Verhaltensweise nicht schwerfiel, weil die Verhaltensweise an sich nicht unbedingt wettbewerbswidrige Auswirkungen haben mußte, und die Beteiligten ihr Verhalten mangels offensichtlicher Illegalität nicht so verbergen zu müssen glaubten, wie im Fall direkter Preisabsprachen. Um in solchen Fällen die Illegalität, den Effekt des "restraint of trade" zu beweisen, müssen weitere Faktoren zu der "conspiracy" hinzutreten: enges Oligopol, meßbare Auswirkungen in Richtung auf Preisstarrheit, Fehlen einer vernünftigen Erklärung des Verhaltens unter dem Gesichtspunkt des Individualinteresses, d.h., das Verhalten ist nur dann für den Einzelnen wirtschaftlich sinnvoll, wenn die Konkurrenten sich parallel verhalten.

---

75 U.S. v. Socony Vacuum Oil Co. 310 U.S. 150, 223 (1940)
76 U.S. v. Addyston Pipe & Steel Co. 175 U.S. 211
77 Fashion Originators' Guild v. FTC 312 U.S. 457 (1941)
78 393 U.S. 333, 344 (1969)

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Vergünstigungen wie Rabatte, "Job Price Protection" - eine Art Festpreisgarantie für das gesamte für ein bestimmtes Bauvorhaben benötigte Material- und sog. "Cashier's Checks" - Barschecks, die der Käufer vom Verkäufer erhielt und die in den Rechnungen nicht auftauchten - keinerlei Anhaltspunkte für den tatsächlich gezahlten Preis mehr boten, waren die Hersteller darauf angewiesen, von ihren Abnehmern die Bedingungen der Konkurrenten zu erfahren. Mit der Zeit merkten die Hersteller, daß die Abnehmer, um den Preis weiter zu drücken, falsche Angaben über die Konditionen anderer Hersteller machten. Die Hersteller befragten in Zweifelsfällen den Konkurrenten, ob er dem Abnehmer die von diesem angegebenen Konditionen tatsächlich gewährt habe. Die beklagten Firmen entwickelten daraus jeweils ähnliche Preisberichts- und -aufzeichnungssysteme.

Das Gericht stellt in seinem Urteil zunächst klar, daß diese Preisaustauschsysteme nicht gegen Sec. 1 Sherman Act verstießen. Im Unterschied zu "Container Corporation" sei das Ziel dieser Systeme nicht die Ausschaltung des Preiswettbewerbs gewesen, sondern die Systeme hätten den fairen Wettbewerb erst ermöglicht. Entscheidend war jedoch, daß sich die Beklagten erfolgreich mit der "Robinson-Patman-Defense" verteidigten. Sec. 2 (a) des Robinson-Patman Act verbietet "... to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality ...". In der Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, daß dann unterschiedliche Preise für identische Produkte von verschiedenen Abnehmern verlangt werden dürfen, wenn dies geschieht, um im konkreten Fall den Preis eines Wettbewerbers halten zu können. Um sich nicht dem Vorwurf des Verstoßes gegen Sec. 2 Robinson-Patman Act ausgesetzt zu sehen, hat der Supreme Court verlangt, daß bei der Erhebung der Preise der Konkurrenten im Rahmen der "meeting competition defense" mit erheblicher Sorgfalt vorgegangen wird.[80]

---

80 FTC v. A.E. Staley Mfg. Co. 324 U.S. 746, 759 - 760

Preisinformationssysteme seien im Fall der Gipskartonhersteller geeignet gewesen, die nötigen Informationen zu erheben, um bei der Preisgestaltung im Rahmen der "meeting competition defense" des Robinson-Patman Act zu bleiben. Mit dieser Meinung sieht sich das Gericht nicht in Widerspruch zu "Container Corp.", weil dort mangels eines Rechtfertigungsgrundes das Ziel der Preismeldesysteme die Bildung eines gemeinsamen Preises gewesen sei.

Zu der Verurteilung der Beklagten führte deren Verhalten seit 15. Dezember 1965. Seit diesem Tag gewährten die großen Hersteller keine Abweichungen vom Listenpreis mehr, ab 1. März 1966 wurden keine anderen Vergünstigungen mehr zugestanden. Als Auswirkung dieser Maßnahmen stabilisierte sich der Preis für Gipskartonplatten trotz weiterem Nachfragerückgang und stieg 1966 sogar kontinuierlich um 5 %. Das Gericht ließ offen, ob die Beklagten von dem Vorgehen der Mitbeklagten Kenntnis hatten, ehe diese ihre Absichten der Öffentlichkeit mitteilten. Allein der Umstand, daß die Beklagten in Abständen von wenigen Tagen im wesentlichen identische Geschäftsgebaren auf den gleichen Zeitpunkt ankündigten, genügte, um darin einen Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act zu sehen:

> "It is elementary that an unlawful conspiracy may be and often ist formed without simultaneous action or agreement in the part of the conspirators. Acceptance by competitors, without previous agreement, of an invitation to participate in a plan, the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce, is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act."[81]

---

81 326 F. Supp. 295, 325

Festzustellen, daß das Vorgehen der Beklagten zu einer Behinderung des Preiswettbewerbs geführt hatte, war angesichts der vorliegenden ökonomischen Daten unproblematisch. Das Gericht führt außerdem aus, daß die Maßnahmen wirtschaftlich nur dann für die Beklagten sinnvoll waren, wenn die Konkurrenten identische Maßnahmen ergreifen würden. Damit ist klargestellt, daß nicht das bloße Parallelverhalten, sondern Parallelverhalten im Bewußtsein der Interdependenz verurteilt wurde. Obwohl die Beweise möglicherweise den Schluß auf das tatsächliche Bestehen einer Absprache ermöglicht hätten, geht das Gericht darauf gar nicht ein, sondern kommt zu dem Schluß, daß das Verhalten der Beklagten

> "reflects such 'interdependent conscious parallelism' in their policies and practices (announced and unannounced) as to compel the conclusion that the defendants were engaged in a tacit understanding by 'acquiescence coupled with assistance' to fix and stabilize the prices of gypsum wallboard".[82]

Auf den Nachweis einer ausdrücklichen Absprache wird verzichtet. Allerdings ist festzuhalten, daß trotz des Verzichts auf den Nachweis einer ausdrücklichen Absprache die auf eine solche Absprache deutenden Tatsachen dem Gericht die Entscheidung für das Bejahen der "Interdependenz" erleichtert haben. Die innerbetriebliche Organisation der Beklagten zur Durchführung der öffentlich angekündigten Maßnahmen wies nämlich derart frappierende Übereinstimmungen auf, daß sich der Schluß auf eine vorherige Kommunikation geradezu aufdrängt. So bestand zumindest bei zwei Herstellern die Anweisung, nicht in Preiswettbewerb zu sechs bestimmten kleinen lokalen Anbietern zu treten. Tragendes Element der Entscheidung konnte dieser Umstand deshalb nicht werden, weil solche Übereinstimmungen nicht bei allen

---

82 326 F.Supp. 295, 316

Beklagten nachzuweisen waren. Er scheint jedoch die These Posners zu bestätigen, wonach auch in Fällen, in denen lediglich bewußtes Parallelverhalten nachweisbar ist, in Wahrheit eine ausdrückliche Kollusion stattgefunden hat.

In Bogosian v. Gulf Oil Corp.[83] hob das Obergericht die Entscheidung eines District-Gerichts auf, das eine Klage von Tankstellenpächtern gegen Benzingesellschaften wegen ungesetzlicher Ausschließlichkeitsbindungen durch "interdependent consciously parallel action" mangels Schlüssigkeit abgewiesen hatte. Der Gerichtshof des 3. Bezirks führte dabei aus:

> "The law is settled that proof of consciously parallel business behaviour is circumstantial evidence from which an agreement, tacit or express, can be inferred but that such evidence, without more, is insufficient unless the circumstances under which it occured make inference of rational, independent choice less attractive than that of concerted action."

Demnach kann von bewußtem Parallelverhalten auf eine auch stillschweigende Absprache geschlossen werden, sofern eine bestimmte Marktkonstellation vorliegt. Welche zusätzlichen Bedingungen erfüllt werden müssen, hat das gleiche Gericht in der Entscheidung Venzie Corp. v. United States Mineral Products Co.[84] erläutert:

1. a showing of acts by defendants in contradiction of their own economic interests
2. satisfactory demonstration of a motivation to enter an agreement.[85]

Daß die Ansicht, von bewußtem Parallelverhalten ohne weiteres auf eine Absprache schließen zu können, nicht unumstritten

---

83 561 F. 2d 434 (3d Cir. 1977)

84 521 F. 2d 1309, (3d Cir. 1975)

85 521 F. 2d 1314

in der Rechtsprechung ist, zeigt die engagierte "Dissenting Opinion" von Richter Aldisert im gleichen Fall.[86]

4.6. Zusammenfassung zu Sec. 1 Sherman Act

U.S. v. Container Corporation war der bislang letzte Fall, in dem sich der Supreme Court mit dem Problemkreis Sec. 1 und bewußtes Parallelverhalten beschäftigt hatte. Die seitherigen Entscheidungen der Untergerichte können zwar als Indizien für eine Entwicklung der Rechtsprechung angesehen werden, entscheidende Impulse könnten jedoch nur von einer Entscheidung des Supreme Courts ausgehen.

Folgende Gemeinsamkeiten der angesprochenen Entscheidungen können festgehalten werden:
Hintergrund war jeweils das Verhalten von Oligopolisten in einem engen symmetrischen oder asymmetrischen Oligopol.
In keinem Fall führte das Oligopolpreisverhalten allein zu einer Verurteilung. Wenn nicht zu einer parallelen Preisentwicklung ein weiterer Faktor ("plus factor")[87] hinzutrat, wurde die Klage abgewiesen, sofern die Beweise nicht für den Nachweis einer ausdrücklichen Absprache ausreichten.

Solche "Plus Faktoren" oder auch "Facilitating Devices"[88] können sein:
Der Brief an die Konkurrenten im Interstate Circuit Fall,[89] der Behinderungswettbewerb gegen die Billigzigarettenhersteller im American Tobacco Fall,[90] Austausch von Preisinformationen[91] oder die Einrichtung von Preismeldestellen,[92] die Ankündigung von preisstabilisierenden Maßnahmen auf einen in der Zukunft liegenden Zeitpunkt (Container Corp.).[91]

---

86 1977-2 Trade Cases, § 72, 307

87 Vgl. Stephen A. Nye, Commissioner of the Federal Trade Commission, in 44 Antitrust L.J. 1975, 206

88 John H. Shenefield, Trade Regulation Reports Nr. 345, August 8, 1978

89 306 U.S., 208 (1939) 90 328 U.S. 781 (1946)

91 U.S. v. Container Corp. 393 U.S. 333 (1969)

92 Cement Manufacturers v. U.S. 268 U.S. 588

Der Effekt dieser Zusatzfaktoren muß sein "in restraint of trade". Das bedeutet, daß es keine "per se" Illegalität dieser Maßnahmen schlechthin gibt. Erst vor kurzem hat es der Supreme Court abgelehnt, eindeutig dazu Stellung zu nehmen, welche Verhaltensweisen unter die "per se rule" und welche unter die "rule of reason" fallen.[92] Er führte hierzu aus:

> "In the first category are agreements whose nature and effect are so plainly anticompetitive that no elaborate study of the industry is needed to establish their illegality - they are 'illegal per se'; in the second category are agreements whose competitive effect can only be evaluated by analyzing the facts peculiar to the business, the history of the restraint, and the reasons why it was imposed."

Vor dem Hintergrund der dem Fall zugrunde liegenden Tatsachen muß also in jedem Einzelfall deren wettbewerbsbehindernder Charakter geprüft werden, sofern nicht die Maßnahme offensichtlich wettbewerbswidrig ist. Wann dies der Fall sein soll, hat der Supreme Court offengelassen.

Als Prüfungskriterium in Zweifelsfällen, zu denen auch Preisinformationssysteme gehören, hat sich der Test herauskristallisiert, ob die von Oligopolisten gemeinsam durchgeführten Maßnahmen für den einzelnen auch dann wirtschaftlich sinnvoll wären, wenn die Wettbewerber nicht die gleichen Maßnahmen ergreifen würden,[93] oder ob der wirtschaftliche Vorteil für den einzelnen nur dadurch realisierbar ist, daß alle Wettbewerber gleichförmig vorgehen. Im letzten Fall findet die rule of reason keine Anwendung, das Verhalten ist illegal.

---

92 National Society of Professional Engineers v. U.S. No. 76 - 1967, Slip Opinion, 12 (April 25, 1978), zitiert nach Shenefield, a.a.O., 19

93 so z.B. in First National Bank v. Cities Service Co. 391 U.S. 252, ebenfalls 20 L. Ed. 2d 569 (1968)

Dies stellt eine eindeutige Absage an die Auffassung dar, es handle sich insoweit um "rational business behavior". Allerdings ist zu beachten, daß die Oligopoltheorie zwar erklärt, wie es ohne Absprachen zu Oligopolpreisen kommen kann, daß hier aber zusätzliche Maßnahmen zu qualifizieren sind, die mit der Preisbildung selbst nur mittelbar zu tun haben, indem sie diese vorbereiten. Da es eine Vielzahl solcher vorbereitender Maßnahmen gibt, ist nicht erklärlich, wie sich Oligopolisten gerade auf ein bestimmtes System einigen können, ohne hierüber miteinander in Kommunikation zu treten.

Gerade diese Kommunikation im Vorfeld der Preisbildung, die in allen Fällen mit Kenntnis der Wettbewerber erfolgte, genügt, um daraus das Erfordernis der "conspiracy oder combination" herleiten zu können, das sich dann auf die Wirkung dieser "Absprachen", den Oligopolpreis, bezieht. Einer ausdrücklichen Absprache zwischen Oligopolisten über die Auswirkungen der gemeinsamen Verhaltensweisen bedarf es nicht. Eine Willensübereinstimmung - meeting of the minds - wird durch konkludentes Handeln, durch die Übernahme und Kopie der Verhaltensweise des Wettbewerbers, erreicht. Die Formulierung "i n t e r d e p e n d e n t conscious parallelism" besagt nur, daß die übernommene Verhaltensweise unter Erkenntnis der gegenseitigen Abhängigkeit im Oligopol im Alleingang zu keinem für den einzelnen Oligopolisten wirtschaftlich sinnvollen Ergebnis führen würde.

Nicht justiziabel ist einfache Preisführerschaft ohne ausdrücklichen Nachweis weiterer Maßnahmen im Vorfeld der Preisbildung. In allen angesprochenen Fällen waren jedoch solche weiteren Maßnahmen nachweisbar, was darauf

schließen läßt, daß eine gemeinsame Oligopolpreisbildung ohne solche zusätzliche Kommunikation seltener vorkommt, als von der Oligopoltheorie prognostiziert.

Rechtspolitisch aufschlußreich ist, daß alle jüngeren Sec. 1 Klagen Privatklagen waren und sich gegen Firmen richteten, die national nur eine unbedeutende Rolle spielten.

5. Sec. 2 Sherman Act

Sec. 1 Sherman Act ist in seinem Anwendungsbereich grundsätzlich unabhängig von der Struktur des Marktes, in dem die kollusiv zusammenwirkenden Unternehmen agieren. Berücksichtigung findet die Marktstruktur erst im Rahmen der Beweiswürdigung bei der Frage, aus welchen Verhaltensweisen auf das Vorliegen einer kollusiven Absprache geschlossen werden kann.
Demgegenüber greift Sec. 2 Sherman Act nur dann ein, wenn die betroffenen Unternehmen gewisse strukturelle Voraussetzungen, vornehmlich hinsichtlich des Anteils im relevanten Markt, erfüllen. Sec. 2 Sherman Act wird deshalb überwiegend als die gegenüber Sec. 1 Sherman Act geeignetere Vorschrift im Kampf gegen konzentrierte Märkte angesehen. Ausschlaggebend für diese Ansicht ist die Tatsache, daß Sec. 2 unmittelbar an die Marktstruktur des Monopols anknüpft und als Sanktion unstreitig die unmittelbare Veränderung dieser Struktur durch Entflechtung bestehender konzentrierter und marktmächtiger Unternehmen zuläßt.

Beispiele früher Verfahren unter Sec. 2 mit der Rechtsfolge der Entflechtung sind Standard Oil[94] und der erste American Tobacco Fall.[95]

Sec. 2 Sherman Act, der als illegal bezeichnet

> "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce ..."

besteht aus drei Tatbestandsalternativen.

---

94 Standard Oil Co. of N.J. v. U.S., 221 U.S. 1 (1911)
95 U.S. v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911)

1. Einzelmonopolisierung - Monopolizing
2. Monopolisierungsversuch - Attempt to Monopolize
3. Kollektive Monopolisierung - Combination or Conspiracy to Monopolize.

5.1. Einzelmonopolisierung

verlangt

1. Besitz von Monopolmacht im relevanten Markt
2. absichtlichen oder bewußten Erwerb oder Perpetuierung der Monopolmacht.[96]

a. Monopolmacht ist die Macht, Preise zu kontrollieren oder den Wettbewerb auszuschließen. Sie wird normalerweise durch den Marktanteil im relevanten Markt bestimmt. Der Marktanteil ist jedoch nur ein Indiz für die Marktkontrolle.

Monopolmacht existiert gewöhnlich in dem relevanten Markt, kann sich jedoch auch aus einer mächtigen Stellung in einem verwandten Markt ergeben.[97]

b. Der relevante Markt definiert sich nach zwei Kriterien:

aa. Der geographische Markt.

Der geographische Markt richtet sich nach dem Verteilungsmuster im Produktmarkt. Aufgrund des Zusammenspiels örtlicher Wirtschaftskräfte werden lokale Submärkte zugelassen.

---

96 U.S. v. Grinnel Corp., 384 U.S. 563 (1966)
U.S. v. E. I. duPont de Nemours & Co., 353 U.S. 586 (1957)
U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416, 424 (2d Cir. 1945)

97 U.S. v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948)
Lorrain Journal Co. v. U.S., 342 U.S. 143 (1951)

bb. Der Produktmarkt

Der Produktmarkt wird weitgehend danach abgegrenzt, welche Waren aus der Sicht des Verbrauchers substituierbar sind - "reasonably interchangeable" - und daher einen gemeinsamen Markt bilden. Ein weiteres Kriterium ist die sog. Kreuzelastizität der Nachfrage.[98]

2. Das zweite Element des Vorwurfs der Einzelmonopolisierung ist:

> "the wilful acquisition or maintenance of that (monopoly-) power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen or historic accident."[99]

Dies bedeutet, daß eine generelle Monopolisierungsabsicht vorliegen muß im Unterschied zu einem aufgrund überlegener Technologie (Patente), überlegenem Management oder aus einem historischen Zufall entstandenen Monopol. Dabei schließt die Rechtsprechung aus dem Vorliegen von Monopolmacht auf das Vorhandensein einer Monopolisierungsabsicht, denn "no monopolist monopolizes unconscious of what he is doing".[100] Diese Vermutung kann der Beklagte nur durch Nachweis der oben angeführten wirtschaftlichen Faktoren (superior product, business acumen or historic accident) entkräften, sog. "thrust upon defense".

Die Bedeutung von Sec. 2, 1. Alternative (Monopolization) für Oligopolsachverhalte liegt darin, daß die Rechtsprechung die Marktdefinition zunehmend enger faßt. Durch Einengung des relevanten geographischen und Produktmarktes in Sec. 2 Fällen folgt

---

98 Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294, 325 (1962) vgl. zur Marktdefinition: Kalinowski, Market Definition under Sec. 2: The Applicability of Clayton Act Sec. 7 Analysis, 10 Southwestern University L.Rev. 95, 98 ff

99 U.S. v. Grinnel Corp., 384 U.S. 563, 16 L.ed. 2d 779

100 U.S. v. Aluminum Co. of America 182 F. 2d 416, 432

sie damit der Tendenz, die sich zunächst in Fällen der Fusionskontrolle unter Sec. 7 Clayton Act abgezeichnet hatte.[101]

Die Folge dieser Markteinengung ist, daß ein Markt, in dem auf nationaler Ebene viele Wettbewerber konkurrieren, durch Bildung eines lokalen Submarktes zum Monopol wird, oder daß der Produktmarkt eingeschränkt wird, indem verwandte Produkte als nicht substituierbar bezeichnet werden. In Grinnel ging das Gericht davon aus, daß Grinnel den Markt für Sicherheitssysteme monopolisiert hatte. Grinnel besaß tatsächlich einen Marktanteil von 87 %, aber nur deshalb, weil das Gericht nur solche Sicherheitssysteme als zum relevanten Produktmarkt gehörend angesehen hatte, die von den Versicherungsunternehmen geprüft und gebilligt waren. Andere Sicherheitssysteme mit den gleichen Funktionen, jedoch ohne Freigabe durch die Versicherungen, wurden nicht dem relevanten Produktmarkt zugerechnet.

Diese Anwendung der Marktdefinition erlaubt es, Oligopole so durch Unterteilung in verschiedene Submärkte aufzuspalten, daß auf den Submärkten Marktanteile zustande kommen, die den Vorwurf der Einzelfirmenmonopolisierung rechtfertigen können. Die in die gleiche Richtung tendierenden Entscheidungen in den Brown Shoe[102] und Continental Can[103] Entscheidungen hatten Handler[104] zu der Erfindung des satirischen Beispiels eines Falles United States v. Joe's

---

101 Vgl. U.S. v. Grinnel Corp. 384 U.S. 563, 570 - 71 (1966) Smithkline Corp. v. Eli Lilly & Co. 427 F.Supp. 1089, 1115 (E.D. Pa. 1976) unter Berufung auf die Entscheidung Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294, 325 (1962) Justice Douglas: "We see no reason to differentiate between line of commerce under Sec. 7 of the Clayton Act and 'any part' of trade and commerce under the Sherman Act."

102 Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962)

103 U.S. v. Continental Can Co., 378 U.S. 441 (1964)

104 Handler, Seventeenth Annual Review of Antitrust Developments - 1964, Record of the Association of the Bar of the City of New York 379, 388 (October, 1964)

Delicatessen angeregt:

Der Erwerb von Victor's Fleischmarkt durch Joe's Delikatessenladen an der Kreuzung K- und 21. Straße in Washington stellte eine Verletzung von Sec. 7 Clayton Act dar. Die Verletzung ergibt sich aus der Tatsache, daß sich eine Entwicklung in Richtung auf eine Konzentration abzeichnete und Victor's Fleischmarkt der drittgrößte Laden an dieser Kreuzung war.

Dieses aus dem Bereich der präventiven Fusionskontrolle entlehnte Beispiel verdeutlicht plastisch die Auswirkungen einer engen geographischen Marktdefinition. Es zeigt, daß die Abgrenzung des relevanten Marktes von entscheidender Bedeutung bei der Definition des Marktanteils und damit der Frage der Marktmacht ist. Entsprechend der Problemstellung beim Einzelfirmenmonopol gilt dies auch für die Bestimmung der Marktanteile von Oligopolfirmen und damit für die Entscheidung, ob es sich bei einem Markt um ein enges Oligopol, ein weites Oligopol oder gar um einen atomistisch strukturierten Markt handelt. Man muß sich allerdings darüber im klaren sein, daß die bedeutenden, in den gesamten USA tätigen Oligopole durch Bildung lokaler Submärkte nicht in den Griff zu bekommen sind.

5.2. Attempt to Monopolize, Versuchstatbestand des Sec. 2 Sherman Act

Der Versuchstatbestand, die 2. Alternative von Sec. 2 Sherman Act, verurteilt "... every person who shall attempt to monopolize any part of the trade or commerce ..."

In Rechtsprechung und Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß eine Anwendung dieser Vorschrift den Nachweis voraussetzt, daß der Beklagte "a specific intent" besitzt, "to monopolize a part of interstate commerce through the use of unfair methods of competition",[105] also vorsätzlich durch unlauteren Wettbewerb den Handel monopolisieren will.

Ob der Nachweis dieser Absicht genügt, oder ob zu diesem Tatbestandsmerkmal noch das weitere Element der "dangerous probability" treten muß, wird von den Untergerichten uneinheitlich beantwortet[106] und ist vom Supreme Court, soweit ersichtlich, bisher nicht ausdrücklich entschieden worden.

---

105 Levine, Attempt to Monopolize Under the Sherman Act: Defendants Market Power As a Requisite to a Prima Facie Case, Col. Law Rev. 1973 (Nr. 7), 1451 - 1475, 1452 Fn. 3
gegen das Erfordernis des "specific intent" im Zusammenhang mit dem unten zu besprechenden Tatbestandsmerkmal der "dangerous probability": Cooper, Attempts and Monopolization: A Mildly Expansionary Answer to the Prophylactic Riddle of Section Two, 72 Michigan L. Rev. 375 (1974)

106 Für ein Erfordernis der dangerous probability beispielsweise:
Agrashell, Inc. v. Hammons Products Co., 479 F.2d 269 (8th Cir. 1973); Panotex Pipe Line Co. v. Phillips Petroleum Co., 457 F.2d 1279 (5th Cir.), cert. denied, 93 S.Ct. 48 (1972); Cornwell Quality Tools Co. v. C.T.S. Co., 446 F.2d 825 (9th Cir. 1971), cert. denied, 404 U.S. 1049 (1972); Bernard Food Industries, Inc. v. Dietene Co., 415 F2d 1279 (7th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 912 (1970); Volasco Products Co. v. Lloyd A. Fry Roofing Co., 308 F.2d 383 (6th Cir. 1962); McElhenney Co. v. Western Auto Supply Co., 269 F.2d 332 (4th Cir. 1959). United States v. Empire Gas Co., 537 F.2d 296 (8th Cir.), cert. denied, 425 U.S. 907 Pacific Eng'r & Prod. Co. v. Kerr-McGee Corp., 551 F2d 790 (10th Cir. 1977); Morton Bldgs. of Neb., Inc. v. Morton Bldgs., Inc. 531 F.2d 910 (8th Cir. 1976); U.S. v. Consolidated Laundries Corp., 291 F.2d 563 (2d Cir. 1961); U.S. v. I.B.M. Corp., 66 F.R.D. 154 (S.D.N.Y. 1974); Huron Valley Publishing Co. v. Booth Newspapers, Inc., 336 F. Supp. 659 (E.D. Mich. 1972); Credit Bureau Reports, Inc. v. Retail Credit Co., 358 F. Supp. 780 (S.D. Tex. 1971), aff'd 476 F. 2d 989 (5th Cir. 1973)
dagegen:
Lessig v. Tidewater Oil Co., 327 F. 2d 459 (9th Cir.), cert. denied, 377 U.S. 993 (1964); Union Carbide and Carbon Corp. v. Nisley, 300 F.2d 561 (10th Cir. 1961); Mt. Lebanon Motors, Inc. v. Chrysler Corp., 283 F. Supp. 453 (W.D. Pa. 1968), aff'd per curiam, 417 F.2d 622 (3d Cir. 1969); vgl. Alles Corp. v. Senco Products, Inc., 329 F.2d 567 (6th Cir. 1964); U.S. v. Singer Mfg. Co., 205 F. Supp. 394 (S.D.N.Y.), rev'd on other grounds, 374 U.S. 174 (1962)

Dangerous probability bedeutet, daß neben der Monopolisierungsabsicht auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorliegen muß, daß die Absicht zum Erfolg führen kann. Diese Wahrscheinlichkeit wird aus der Marktkonstellation und dem Marktanteil des Beklagten, dessen "market power", hergeleitet.

Die Meinung, die eine dangerous probability fordert, verweist auf die Supreme Court Entscheidungen in Swift[107] und American Tobacco[108], übersieht dabei aber, daß der Supreme Court im American Tobacco Fall nur noch mit dem Vorwurf der Monopolisierung befaßt war, während die ursprünglich in der Berufungsinstanz ebenfalls zur Entscheidung anstehenden Alternativen des Versuchs und der conspiracy nicht überprüft wurden. Die Aussage in American Tobacco führt daher auch nicht zu einer eindeutigen höchstrichterlichen Klarstellung der früheren zweideutigen Aussage im Swift Fall.[109]

Die Gegenmeinung beruft sich auf United States v. Columbia Steel Co.,[110] einen Fall, in dem die Klage allerdings schon wegen Fehlens eines specific intent abgewiesen wurde, und auf die Entscheidung in United States v. Yellow Cab Co.[111]. Aus diesem Fall, in dem der Supreme Court erklärte, daß im Rahmen des Vorwurfs der conspiracy in Sec. 2 der definierte Markt und der Marktanteil des Beklagten irrelevant sei, wird eine entsprechende Anwendung auf die Versuchsalternative des Sec. 2 abgeleitet. Auch hier soll die Marktposition des Beschuldigten unerheblich sein, solange nur die Monopolisierungsabsicht vorliegt.

---

107 Swift & Co. v. U.S., 196 U.S. 375, 396 (1905)

108 American Tobacco Co. v. U.S., 328 U.S. 781 (1946)

109 a. a. O., S. 396

110 334 U.S. 495 (1948)

111 332 U.S. 218 (1947)

Weitere Leading Cases sind Lessig v. Tidewater Oil Co.[112] und Mt. Lebanon Motors Inc. v. Chrysler Corp.[113].

Bei einem Festhalten am Erfordernis der "dangerous probability" ist zwar gesichert, daß nicht jede aggressive Wettbewerbsmaßnahme eines Marktteilnehmers zu einem Verfahren wegen Verletzung von Sec. 2 Sherman Act führt. Andererseits wird die Wirksamkeit der Vorschrift stark eingeschränkt, da die Gefahr der Monopolisierung nur dann bejaht wird, wenn der Beklagte auf einem definierten Markt bereits einen Marktanteil knapp unter der Grenze erreicht hat, die für den Vorwurf der Monopolisierung ausreicht. Da diese Grenze vom Supreme Court bei 9 Entscheidungen im niedrigsten Fall bei 70 % Marktanteil angesetzt wurde, wäre unlauteres Wettbewerbsverhalten praktisch nur dann über die 2. Alternative des Sec. 2 Sherman Act erfaßbar, wenn auch schon das Monopolisierungsverbot der 1. Alternative anwendbar wäre, die 2. Alternative hätte also gar keine selbständige Funktion.

Daß die Mehrzahl der Untergerichte trotzdem die "dangerous probability" als Prüfgungsmaßstab anlegen, sieht Levine[114] darin begründet, daß es den Gerichten dadurch erspart bleibt, nähere Analysen des Verhaltens der Beschuldigten zur Frage, ob daraus ein "specific intent" abgeleitet werden kann, anzustellen. Außerdem wird die Anzahl der erfolgversprechenden Klagen dadurch von vornherein auf ein Minimum reduziert[115].

---

112 327 F.2d 459, cert. denied, 377 U.S. 993 (1964)

113 283 F. Supp. 453, aff'd per curiam 417 F.2d 622 (1969), gleiche Fallkonstellation in Rea v. Ford Motor Co., 355 F. Supp., 842 (W.D. Pa. 1973), rev'd on other grounds 497 F. 2d (3d Cir.), cert. denied 419 U.S. 868 (1974)

114 Attempt to Monopolize Under The Sherman Act, a. a. O.

115 Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung findet sich bei Dwight B. Moore, The "Relevant Market" Question in an Attempt to Monopolize Case Under Section 2 of the Sherman Act, 10 Southwestern University L. Rev. (1978), 103 - 115

Die Relevanz der beiden Ansichten für eine Anwendung des Versuchstatbestandes auf Oligopolsachverhalte zeigen die im wesentlichen gleichlautenden Klagen gegen die Reifenhersteller Goodyear und Firestone aus dem Jahre 1973.[116] In diesem Fall wurde Goodyear, das einen Marktanteil von 28 % auf dem Ersatzreifensektor erreicht hatte, verschiedene Wettbewerbsmaßnahmen und Erwerbungen wegen "attempt to monopolize" vorgeworfen. Folgt man der Ansicht, die eine "dangerous probability" für erforderlich hält, wäre bei der vorliegenden oligopolistischen Marktstruktur eine Anwendung des Versuchstatbestandes ausgeschlossen, weil Goodyear in absehbarer Zeit kaum einen Marktanteil von 70 % erreichen könnte, während für die Gegenmeinung der Nachweis des "specific intent" ausreichend wäre. Im ersteren Fall wäre ein Erfassen paralleler Verhaltensweisen von Oligopolisten, die wegen ihres marktschließenden oder verdrängungsartigen Charakters den Schluß auf eine Monopolisierungs- oder Oligopolisierungsabsicht und damit auf den "specific intent" (to monopolize any part of the commerce) zuließen, nicht möglich.

Das von der Antitrust Division eingeleitete Verfahren gegen Goodyear und Firestone, in dem neben Sec. 7 Clayton Act die Verletzung von Sec. 2 Sherman Act gerügt wurde, stützte sich auf die Ansicht, daß das parallele Verhalten zweier Teilnehmer in einem eng oligopolistisch strukturierten Markt in seinem Effekt des Ausschlusses und der Verdrängung von Wettbewerbern unter das Verbot des Versuchs der Monopolisierung fiele. Zwar wurde ursprünglich keine Begründung dafür abgegeben, warum die Regierung die Anwendbarkeit der Vorschrift für zulässig erachtete, obwohl kein Monopol, sondern ein Oligopol

---

116 U.S. v. The Goodyear Tire & Rubber Company Civ. C-73-835, N.D. Ohio; U.S. v. The Firestone & Rubber Company Civ. C-73-836; der Text der Klage gegen Goodyear ist abgedruckt in BNA Antitrust & Trade Reg.Rep., Aug. 14, 1973, D-1

vorlag. Neben der Gleichsetzung von Oligopol = geteiltes Monopol ließe sich die Anwendbarkeit von Sec. 2 auch zwanglos damit begründen, daß das Kriterium des Marktanteils und damit der "dangerous probability" für die Anwendung des Versuchstatbestandes unerheblich ist und lediglich im Rahmen des "specific intent" Berücksichtigung findet, dort aber wegen der besonderen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb als starkes Indiz für das Vorliegen einer Monopolisierungsabsicht gewertet werden kann. Nach Angaben von Attorny General Kauper lag diese Interpretation von Sec. 2 den Klagen zugrunde.[117]

Allerdings ist die Monopolisierungsabsicht, die als "power to control prices or exclude competition" definiert ist[118], dann nicht auf die Absicht zur Erlangung eines Monopols zu beschränken. Das Erreichen einer starken Oligopolstellung müßte dann als angestrebtes Ziel ausreichen, was hinsichtlich der negativen Auswirkungen wie Preiskontrolle und Ausschaltung des Wettbewerbs nach der Oligopoltheorie durchaus berechtigt erschiene.

Eine gerichtliche Nachprüfung der von der Antitrust Division vorgetragenen Rechtsansicht konnte nicht erfolgen, da Attorney General Kauper von der Antitrust Division die Klagen im Jahre 1976 zurückziehen ließ. Er war der Ansicht, daß die verfügbaren Fakten nicht ausreichten, um das beanstandete Verhalten der Beklagten nachweisen zu können[117].

Dieser Rückzug der Antitrust Division dürfte nicht nur wegen ungenügenden Tatsachenmaterials erfolgt sein, denn die Beweislage war auch bei Klagerhebung schon bekannt. Vielmehr scheint bei den Verfolgungsorganen

---

117 Vgl. CCH Tr. Reg. Rep. Bd. 5 § 50, 259

118 U.S. v. E. I. duPont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391 (1956)

keine Zuversicht mehr bestanden zu haben, daß die Rechtsprechung bereit sein würde, die rechtliche Qualifizierung des Verhaltens der Reifenhersteller als individuellen Monopolisierungsversuch zu bejahen, obwohl die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb nur deshalb eintreten konnten, weil der andere große Wettbewerber das gleiche Verhalten gezeigt hatte, also ein kollektives oder zumindest paralleles Vorgehen von Oligopolisten vorlag.
Von Bedeutung mag auch gewesen sein, daß die Klagen zu einer Zeit vorbereitet worden waren, als Professor Turner noch Mitarbeiter der Antitrust Division war. Turner hat schon im Jahre 1969 die Ansicht vertreten, Sec. 2 Sherman Act sei auf Fälle parallelen wettbewerbsbehindernden Verhaltens von Oligopolisten, wenn ein Nachweis einer "conspiracy" nicht möglich sei, mit der Versuchsalternative anwendbar[119]. Da sich diese Auffassung, wie noch zu zeigen sein wird, auf keine gesicherten gerichtlichen Präjudizien stützen konnte, hatte man möglicherweise gehofft, wie schon einmal die Federal Trade Commission zuvor mit einem Verfahren aus dem Jahre 1971, die Reifenhersteller zu einem vergleichsweisen Nachgeben (consent order bzw. consent decree) bewegen zu können[120].

Offen ist der Ausgang der Klagen des Department of Justice gegen die drei großen TV-Gesellschaften ABC, NBC und CBC vom 10. Dez. 1974, in denen neben Sec. 1 auch Sec. 2 mit dem Versuchstatbestand als verletzt angesehen wird. Während es zwischen der Regierung und NBC zu einem Vergleich kam, wurde gegen ABC und CBS das gerichtliche Verfahren fortgesetzt. Fastow gibt

---

119 Turner, The Scope of Antitrust and other Economic Regulatory Policies, 82 Harv. L. Rev. 1207, 1229 (April 1969)

120 Goodyear Tire & Rubber Co., 3 CCH Trade Reg. Rep. § 19, 522 (Dkt. C-1957, 1971)

den Klagen allerdings keine Aussicht auf Erfolg[121].

Mit dem Scheitern der Verfahren dürfte die Diskussion um die Anwendbarkeit der Versuchsalternative des Sec. 2 auf Oligopolsachverhalte zumindest im Bereich der internationalen Großunternehmen gescheitert sein, da es dort schwierig sein wird, durch einengende Marktinterpretation tatsächliche Oligopole in Einzelmonopole aufzuspalten.

Auch in der Rechtsprechung deutet sich eine weitgehende Abkehr von der Auffassung an, die auf den Nachweis der "dangerous probability" verzichtet. Der Gerichtshof des 9. Circuit, der mit seiner Entscheidung in Lessig v. Tidewater Oil Co.[122] Wortführer gegen das Erfordernis des "dangerous probability test" geworden war und in der Folgezeit diese Interpretation konsequent angewandt hatte, vertrat seit 1971 schon widersprüchliche Ansichten zu dieser Frage.

In Cornwell Quality Tools Co. v. C.T.S. Co.[123] verlangte ein anderer Senat zur Bejahung des Versuchsvorwurfs "sufficient market power to come dangerously close to success"[124].

In Hallmark Industry v. Reynolds Metals Co.[125] wird die vermittelnde Ansicht vertreten, zum Nachweis einer "dangerous probability" genüge der Umstand, daß die Handlungen des Beklagten genügend "ungeheuerlich" seien.

---

121 Fastow, Competition, Competitors and the Government's Suit Against the Television Networks, Antitrust Bulletin Vol. XXII Nr. 3 (Fall 77), 517

122 327 F.2d 459, cert. denied 377 U.S. 993 (1964)

123 446 F.2d 825 (9th Cir. 1971), cert. denied, 404 U.S. 1049 (1972)

124 a. a. O., 832

125 489 F.2d 8, 12 (9th Cir. 1973), cert. denied, 417 U.S. 932 (1974)

In ALW Inc. v. United Airlines, Inc.[126] bestätigte der Gerichtshof eine klagabweisende Entscheidung des Untergerichts mit der Begründung, daß keine "dangerous probability" nachgewiesen sei.

1976 erklärte der Gerichtshof in Knutson v. Daily Review Inc.[127]:

> "Despite the substantial criticism of Lessig, it is still the law of this Circuit (inferring, I guess, that it always had been) to which this panel is bound. The sole issue, then, in this attempt case, is the presence or absence of a 'specific attempt to destroy competition or build monopoly.' ...In sum, we require (1) only specific intent and (2) some illegal (under Section 1) or predatory activity from which specific intent can be inferred."[128]

Hibner, der früher die Lessig Entscheidung heftig kritisiert hatte[129], vertritt heute in einer Analyse der Entscheidungen des 9. Circuit[130] eine differenzierte Meinung: In Fällen, in denen sich "specific intent" offensichtlich aus wirklich schwerwiegendem "predatory conduct" ergibt, das eine eindeutige Verletzung des Sherman Act darstellt, soll sich der Nachweis einer "dangerous probability" erübrigen. In allen anderen Fällen soll ein Verzicht auf die traditionelle Marktanalyse nicht möglich sein. Blecher hatte diese Auffassung schon 1969 vertreten:

---

126 510 F.2d 52, 56 (9th Cir. 1975)

127 548 F.2d 795 (9th Cir. 1976), cert. denied 433 U.S. 910 (1977)

128 vgl. 1977-1 Trade Cases, § 61, 196 auf S. 70, 426

129 Hibner, Attempts to Monopolize: A Concept in Search of Analysis, 34 A.B.A. Antitrust L.J. 165 (1967)

130 Hibner, Has the Ninth Circuit Attempted to Monopolize Attempts to Monopolize, 10 Southwestern University L.Rev. 85 - 94 (1978)

"Where defendant's intent is clearly anticompetitive and predatory, plaintiff may successfully establish an 'attempt' case without taking off on a journey into the ephemeral realm of esoteric economic inquiry. Where a private plaintiff brings an attempt to monopolize suit, this result is both legally and economically sound."[131]

Hibner verweist auch auf die Tendenz der Gerichte, bei offensichtlich wettbewerbsbehindernden Praktiken unter der traditionellen Marktanalyse die Marktabgrenzung so vorzunehmen, daß die "dangerous probability" bejaht werden kann. Unter diesem Aspekt verwischt sich im praktischen Ergebnis der Gegensatz der Meinungen zur "dangerous probability". Hibner bezeichnet diese Erkenntnis als "Hibner's Law" so:

"The scope of the relevant market contracts and expands in direct proportion to the viciousness of the overt acts alleged."[132]

Es ist damit das Problem angesprochen, daß von den Gerichten eine Festlegung des relevanten Marktes und darauf beruhend der "dangerous probability" immer unter dem Einfluß der jeweiligen Verhaltensweisen der Beklagten erfolgt ist. Damit wird durch Relativierung eines angeblich objektiv absoluten Kriteriums anderen Faktoren Rechnung getragen, die für die Bestimmung von auf Monopolisierung zielender Marktmacht relevant sind. Möschel hat dies unter Hinweis auf Hoppmann[133] so ausgedrückt:

---

131 Blecher, Attempt to Monopolize Under Section 2 of the Sherman Act: "Dangerous Probability" of Monopolization Within the "Relevant Market", 38 Geo. Wash. L.Rev. 215, 222 (1969)

132 Hibner, Attempts to Monopolize, a. a. O., 168

133 Fusionskontrolle, Tübingen 1972, S. 51/52

"Auch Marktstrukturen sind in ihrer grundsätzlichen Veränderlichkeit Teile von Marktprozessen und damit am Marktverhalten rückgekoppelt."[134]

Auch wenn diese Erkenntnis in den Entscheidungen nicht expressis verbis angesprochen ist, mag sie doch hinter den manchmal mehr willkürlich erscheinenden Marktabgrenzungen stehen. Es ist keine Frage, daß über diesen Hebel der Marktdefinition in Versuchsfällen des Sec. 2 Sherman Act eine große Bresche in oligopolistisch verfestigte Märkte geschlagen werden könnte. Die Entwicklung, vor allem beim auf diesem Sektor am weitesten vorgepreschten Gerichtshof des Neunten Bezirks, deutet jedoch eher in Richtung auf eine zurückhaltendere Anwendung dieses schweren Geschützes.

---

134 Möschel, Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest des Antitrustrechts, S. 431

5.3. Kollektive Monopolisierung - Shared Monopoly

Die dritte Tatbestandsalternative des Sec. 2 Sherman Act, "combine or conspire to monopolize", erscheint schon dem Wortlaut nach als Zusammenwirken mehrerer zur Erzielung der Monopolwirkungen wie geschaffen für die Anwendung auf Fälle, in denen Marktmacht nicht von einem Einzelunternehmen, sondern von mehreren gemeinsam ausgeht. Diese auch als Oligopol bezeichnete Marktkonstellation hat Turner schon im Jahre 1962 als "Shared Monopoly" bezeichnet[135]. Die Bezeichnung soll verdeutlichen, daß die Struktur des oligopolistisch konzentrierten Marktes wettbewerbspolitisch einem Einzelfirmenmonopol gleichzusetzen ist. Die negativen Auswirkungen sind in Bezug auf Preisentwicklung, Produktivität, Innovation und andere Faktoren durchaus vergleichbar. Diese Behauptung wird jedenfalls durch die Erkenntnisse der oben dargelegten Oligopoltheorie gestützt.

Während Sec. 1 übereinstimmend als Verhaltensnorm apostrophiert wird, die kollusive wettbewerbsbeschränkende Handlungen sanktioniert, wird Sec. 2 jedenfalls in der ersten Alternative üblicherweise als "structural offense" bezeichnet. Bedeutung hat diese Unterscheidung im Bereich der möglichen Rechtsfolgen eines Verstoßes. Während Sec. 1 nur Untersagungsverfügungen kennt, wodurch bestimmte Verhaltensweisen untersagt oder vorgeschrieben werden können, erlaubt Sec. 2 Eingriffe in die Marktstruktur. Für jeden überzeugten Anhänger der Erkenntnisse der Oligopoltheorie, der das Problem nicht an Symptomen, sondern an der Wurzel kurrieren will, muß deshalb eine Anwendung von Sec. 2 auf Oligopolsachverhalte erstrebenswert sein.

---

135 Turner, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 Harv. L. Rev. 655, 675 (Feb. 1962)

Dabei ist allerdings bisher, soweit ersichtlich, nie der Versuch unternommen worden, "shared monopoly" mit "monopoly" im Bereich der 1. Tatbestandsalternative des Sec. 2 Sherman Act gleichzusetzen. Vielmehr setzt die "Shared Monopoly"-Theorie bei der 3. Tatbestandsalternative an, die schon dem Wortlaut nach das kollusive Zusammenwirken von mehr als einem Marktteilnehmer voraussetzt. Die Gleichung lautet nicht, "shared monopoly" = "monopoly", sondern "Verhalten" von Oligopolisten ist so zu würdigen wie "Verhalten" von Monopolisten[136]. Das verbindende Element zwischen den Oligopolisten, "contract" oder "conspiracy", wird dabei so interpretiert, daß die Anwendung der Norm auch ohne konkreten Nachweis einer ausdrücklichen kollusiven Absprache möglich wird. Die Probleme, die dabei zu bewältigen sind, sind mit der Frage in Sec. 1 Sherman Act, inwieweit schlichtes Parallelverhalten als "conspiracy" zu qualifizieren ist, im wesentlichen identisch.

Am Ausgangspunkt der Überlegungen steht die Oligopoltheorie mit der unbestrittenen Erkenntnis, daß zumindest im engen Oligopol ein starkes Bewußtsein der gegenseitigen Abhängigkeit vorherrscht. Genau wie bei Sec. 1 Fällen genügt dieses Bewußtsein allein noch nicht, um einen Monopolisierungsvorwurf zu rechtfertigen. Erst in Verbindung mit einem bestimmten gleichförmigen Verhalten stellt sich die Frage, ob darin rationales Geschäftsgebaren oder kollusivem Verhalten gleichzusetzendes Monopolverhalten zum Ausdruck kommt.

Um die Relevanz der angeschnittenen Fragen richtig werten zu können, darf nicht übersehen werden, daß die "shared monopoly" Betrachtungsweise voll auf der Einzel-

---

136 Vgl. Turner, The Scope of Antitrust and Other Econimic Regulatory Policies, 82 Harv. L. Rev. 1207 (April 1969)

monopolisierung aufbaut und darüber hinaus ein weiteres zusätzliches Element, das Zusammenwirken mehrerer erfordert. Es müssen in jedem Fall alle Voraussetzungen gegeben sein, die bei einem Einzelmonopol ein Eingreifen ermöglichen würden.

Ein Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung zu Sec. 2 Sherman Act zeigt, daß die gerade zur Bekämpfung eindeutiger Monopole gedachte Vorschrift auf Monopole selten angewandt wurde. Dabei führte schon in frühen Fällen wie Standard Oil[136] und American Tobacco[137] nicht die "Macht, Preise und Produktion zu kontrollieren" zu einer Verurteilung, sondern vielmehr "evidence of predatory exercice of power"[137a], also der Nachweis von Verhaltensweisen, die den Mißbrauch der Macht zum Schaden anderer manifestierten.
Nach wenigen Verfahren wie Corn Products[138], das die Regierung gewann, und U.S. Steel[139] und dem 1. United Shoe Machinery Fall[140], die die Regierung verlor, gab es gegen Ende der vierziger Jahre nochmals einige bemerkenswerte Fälle mit Alcoa[141], Griffith[142] und dem 2. United Shoe Machinery Fall[143].

---

136 221 U.S. 1 (1911)

137 221 U.S. 106 (1911)

137a Bodner, Monopolization and Attempts to Monopolize, 41 ABA Antitrust L.J., 591 (1973)

138 324 U.S. 726 (1945)

139 251 U.S. 417 (1920)

140 258 U.S. 451 (1922)

141 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

142 334 U.S. 100 (1948)

143 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953), aff'd per curiam, 347 U.S. 521 (1954)

Auch diese Fälle betrafen mehr das Verhalten von Wettbewerbern als die Marktstruktur an sich.

DuPont[144], International Boxing Club[145] und Grinnel[146] sind einige der wenigen neueren Entscheidungen. Auch hier stand nicht das bloße Preisverhalten von Monopolisten zur Debatte, sondern weitere Verhaltensweisen. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß schon in Fällen, in denen die Gerichte das Vorliegen eines Einzelfirmenmonopols bejaht haben, nie das Preisverhalten allein zu einer Verurteilung geführt hat. Entgegen der Behauptung von der Qualifizierung des Sec. 2 Sherman Act als "structural offense" war Anknüpfungspunkt des Vorwurfs der Illegalität in allen Fällen ein bestimmtes Verhalten, das als "willful acquisition or maintenance" der Monopolmacht angesehen wurde; die Definition der Monopolmacht, üblicherweise abgeleitet aus dem Marktanteil, trat erst als weitere Voraussetzung hinzu.

Als Erklärung für die im Vergleich zu Sec. 1 Sherman Act nur sporadische Anwendung von Sec. 2 wird angeführt, daß die Antitrust-Verfolgungsbehörden nicht über die nötigen Mittel verfügen, um die umfangreichen wirtschaftlichen Daten zu erheben, die Grundlage einer Monopolisierungsklage sein müßten[147]. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird einerseits dadurch unterstrichen, daß die durchgeführten Fälle an ein bestimmtes, offensichtliches und damit leicht nachweisbares Verhalten angeknüpft haben, andererseits durch den Umstand, daß die Kernproblematik eines Monopols, nämlich willkürliche Produktionsrestriktion und Diktat von Monopolpreisen, nicht ange-

---

144 353 U.S. 586 (1957)

145 358 U.S. 242 (1959)

146 236 F. Supp. 244, 384 U.S. 563 (1966)

147 Bodner, a. a. O., 592

gangen wurde. Gerade der letzte Problemkreis wirft, wie schon oben bei den wirtschaftstheoretischen Überlegungen angedeutet, außerordentlich schwierige Fragen in Bezug auf Messung und Bewertung von Performance-Kriterien und hypothetischem Wettbewerbspreis auf.

Als Folge dieser Haltung der Verfolgungsbehörden ist verständlich, daß die Gerichte relativ selten die nach Sec. 2 Sherman Act mögliche Entflechtung angeordnet haben[148]. Da die Gerichte den Vorwurf der Illegalität aus einem bestimmten Verhalten herleiteten, genügte es, zur Wiederherstellung der Rechtmäßigkeit dieses Verhalten zu untersagen oder bei unrechtmäßigem Unterlassen, wie z.B. bei Boykott oder Koppelungsvereinbarungen, eine entgegengesetzte Handlung vorzuschreiben, so daß sich strukturelle Sanktionen erübrigten.

Für die analoge Anwendung der "Monopolrechtsprechung" auf Oligopolsachverhalte ergeben sich aus dem dargestellten Stand der Rechtsentwicklung wenig günstige Prognosen.
Der besondere Anreiz von Sec. 2 für die Strukturanalytiker, die Möglichkeit der Entflechtung, ist zwar theoretisch vorhanden, wird aber von der Rechtsprechung selbst bei Einzelmonopolen fast nie durchgeführt. Wenn schon der Nachweis der Einzelmonopolisierung wegen der zeit- und geldraubenden Erhebungen von den Antitrustbehörden gescheut wird, gilt dies umso mehr für Oligopolfälle, in denen zu den schon bestehenden Schwierigkeiten die weitere hinzukommt, das Gericht davon zu überzeugen, daß Oligopolisten Monopolmacht gemeinsam ausüben. Abgesehen davon, daß schon die theoretischen Grundlagen, die Oligopoltheorie, keineswegs unumstritten sind, muß auch noch der konkrete Nachweis für das Vorliegen der Interdependenz im Einzelfall geführt werden.

---

148 Vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 62 m.w. Nachw.

Mit Sicherheit nicht erfaßbar dürfte das Problem der Preisführerschaft sein, da auch in Einzelmonopolfällen das Preisverhalten allein nie zu einer Verurteilung geführt hat. Hier liegen auch die Grenzen für eine dem Sec. 1 Sherman Act entsprechende Ausweitung des Begriffs "combination" oder "conspiracy" auf bewußtes Parallelverhalten, wie beispielsweise von Turner vorgeschlagen[149]. Kollektive Monopolisierung kann sich lediglich auf Verhaltensweisen beziehen, die eine Sicherung oder Stärkung der Oligopolstruktur bewirken. Bewußtes paralleles Preisverhalten ist dagegen nicht mit Sec. 2 angreifbar. Der häufig erörterte Vorschlag, Monopole, die über einen bestimmten Zeitraum ihre Monopolstellung behauptet haben, mit dem Vorwurf der Illegalität zu belasten[150] (wobei es sich um eine Beweislastumkehr mit widerlegbarer Vermutung handeln soll), würde daran nichts ändern, solange die Verfolgungsbehörden nicht bereit sind, den Nachweis zu führen, daß Monopolpreise verlangt werden. Erst dann würde die weitere Frage relevant, aus welchen Gründen die hierfür erforderliche Marktmacht besteht; damit wäre dann das subjektive Element der Monopolisierung, die "wilful acquisition or maintenance" der Monopolmacht nicht mehr vom Kläger nachzuweisen.

In der Rechtsprechung hat beispielsweise das Untergericht in Grinnel[151] die Beweislastumkehr ausdrücklich bejaht und liegt damit auf einer Linie mit dem Ausspruch in Alcoa[152]: "no monopolist monopolizes unconscious of what he is doing." Der Supreme Court hat diese Frage bisher immer offengelassen, so auch in seiner Grinnel Entscheidung, wo er ausführt:

---

149 Turner, The Scope of Antitrust, a. a. O., S. 1230/1231

150 Turner, a. a. O., S. 1219; Williamson, Dominant Firms and the Monopoly Problem. Market Failure Considerations, 85 Harv. L. Rev. (1972), 1512, 1524

151 236 F. Supp. 244 (1964)

152 U.S. v. Aluminum Co. of America 182 F2d 416, 432

"Since the record clearly shows that this monopoly power was consciously acquired, we have no reason to reach the further position of the District Court that once monopoly power ist shown to exist, the burden is on the defendants to show that their dominance is due to skill, acumen, and the like."[153]

In Grinnel konnte der Supreme Court die Monopolisierungsabsicht anhand der Fakten nachweisen. Grinnel hatte nämlich Marktbereichs- und Preisabsprachen getroffen und systematisch Wettbewerber aufgekauft.

Weil Monopolisierungsfälle immer an wettbewerbsbehindernden Praktiken angeknüpft haben, die leicht feststellbar waren, konnte von diesen Praktiken nach Bejahung des nötigen Marktanteils immer auf das Vorliegen der Monopolisierungsabsicht geschlossen werden, so daß sich das Problem einer Beweislastregelung nicht stellte.
Auch hier zeigt sich wieder, daß seither Monopole solange unbehelligt geblieben sind, solange sie nicht auf andere Weise als durch Preis- und Produktionsentscheidungen versucht haben, ihre Monopolstellung zu halten oder auszubauen.

Bei Berücksichtigung der nur sporadischen und vorsichtigen Anwendung der 1. Tatbestandsalternative des Sec. 2 wird verständlich, daß die Anwendung der "Shared Monopoly"-Theorie im Rahmen von Sec. 2 Sherman Act auch im Schrifttum auf harte Kritik stößt. Abgesehen von Posner, der grundsätzlich bewußtes Parallelverhalten in Sec. 1 und Sec. 2 gleichwertig als Nachweis einer "conspiracy" genügen läßt, als verhaltensorientierte Norm Sec. 1 jedoch als geeignetere Sanktionsmöglichkeit ansieht, reicht die Reihe der kritischen Stimmen von

---

153 384 U.S. 563, 576 Fn. 7

denjenigen, die die Theorie von der Interdependenz im Oligopol grundsätzlich ablehnen[154], bis zum Leiter der Antitrust Division, der die Anwendbarkeit zwar nicht ausschließt[155], der aber resignierend zu der Frage der Anwendbarkeit von Sec. 2 im Rahmen der "shared monopoly" Betrachtungsweise vor einem Unterausschuß des Senats erklärte:

> "I am not saying that it cannot be done, but it is clearly a very difficult operation with success far from certain --- especially before the new antitrust majority in today's Supreme Court".[156]

Daß die rechtliche Einordnung der "shared monopoly" Betrachtungsweise ebenso wie der Lösungsversuch über Sec. 1 bei dem Tatbestandsmerkmal der Kollusion ansetzt, ist neben der theoretischen Überlegung, daß sich das Verhältnis der Oligopolisten im Verlauf der Konzentrationsentwicklung aus kollusiven Absprachen zu reinem Parallelverhalten geläutert hat, möglicherweise auch auf die Präzedenzfälle zurückzuführen, in denen Klagen auf Vorwürfen des Verstoßes sowohl gegen Sec. 1 als auch gegen Sec. 2 beruhten. Neale erklärt diese gemeinsame Anwendung folgendermaßen:

> "Since a conspiracy to monopolize is unlikely to get far without showing itself also as a conspiracy to restrain trade, it is usual for cases of this type to involve concurrent charges under both sections of the act".[157]

---

154 Hibner, Oligopoly Under Attack, 44 St. John's L. Rev., 743 - 760 (1970); Weston, vgl. oben Fn. 24

155 Baker in Monopolization and Attempts to Monopolize, 41 ABA Antitrust L.J., 618 (1973)

156 Baker, Testimony before Senate Judiciciary Antitrust Subcommittee on "Oversight of Antitrust Enforcement", 813 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) (5-12-77)

157 Neale, The Antitrust Laws of the USA, S. 167, Fn.1

So wurde der bereits angesprochene American Tobacco Fall[158] sowohl unter Sec. 1 als auch unter Sec. 2 gebracht, ebenso der Paramount Fall[159]. Die in diesen Entscheidungen vom Supreme Court an den Nachweis einer "conspiracy" gestellten geringen Anforderungen und ihre erleichterte Ableitbarkeit aus Indizien ermöglichte es, einen Verstoß gegen das kollektive Monopolisierungsverbot des Sec. 2 zu bejahen. Da jedoch die Voraussetzungen der "conspiracy" oder "combination" unter Sec. 1 und Sec. 2 als identisch angesehen werden, hat die nur zu Sec. 1 ergangene Entscheidung in Theatre Enterprises[160], die die scheinbar in Richtung auf eine Gleichsetzung von Parallelverhalten = Kollusion eingeschwenkte Rechtsprechung klargestellt hat, auch die Entwicklung des Sec. 2 Sherman Act in diese Richtung unterbunden. Es wird zwar vereinzelt erörtert, ob nicht "combination" und "conspiracy" unter Sec. 2 weiter zu verstehen sei als unter Sec. 1 Sherman Act[161]. Die Frage ist jedoch, soweit ersichtlich, weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung bisher bejaht worden.

Neuere Fälle sind unter dem "shared monopoly" Aspekt unter Sec. 2 Sherman Act, 3. Alt., nicht gebracht worden. Zu Recht bemerkte Hugh Cox schon im Jahre 1965: "The Life of the Sherman Act has been in Sec. 1 and not in Sec. 2"[162].

---

158 328 U.S. 781

159 334 U.S. 131

160 346 U.S. 537

161 Vgl. Areda, Turner, Antitrust Law, § 841, S. 363
Stickells, Federal Control of Business; Antitrust Laws, S. 215

162 Cox, Competition and Section 2 of the Sherman Act, 27 ABA Antitrust L.J. 72 (1965)

Der theoretische Vorteil von Sec. 2, auf der Rechtsfolgenseite unstreitig strukturelle Sanktionen zu ermöglichen, hat mit Sicherheit auch zu der unterbliebenen Entwicklung des kollektiven Monopolisierungsverbots beigetragen. Die Anwendung eines derart schweren Geschützes aufgrund einer extensiven Gesetzesauslegung dürfte die Verfolgungsorgane umso mehr abgeschreckt haben, als selbst in eindeutigen Monopolfällen nur ganz vereinzelt zu diesem Mittel gegriffen wurde. Dennoch könnten die bei Sec. 1 gewonnenen Erkenntnisse über bewußtes Parallelverhalten in Verbindung mit "exclusionary conduct" auch auf Sec. 2 übertragen und dort angewandt werden, sofern die weiteren Voraussetzungen vorliegen, die auch im Fall des Einzelfirmenmonopols eine Verurteilung rechtfertigen würden. Es handelt sich insoweit jedoch nur um eine Spekulation, tatsächliche konkrete Ansatzpunkte in diese Richtung sind nicht ersichtlich[163]. Sie erscheinen auch entbehrlich, da die extensive Interpretation des Versuchstatbestandes des Sec. 2 Sherman Act einerseits und der im folgenden Abschnitt zu behandelnde Sec. 5 (a) FTC-Act zu ähnlichen Ergebnissen mit gleichwertigen Rechtsfolgen führen.

---

163 Areda-Turner schreiben 1978 in ihrem "Antitrust Law", § 841, S. 364: "As this is written, no case has held the § 2 monopolization provision applicable to shared monopoly."

6. Sec. 5 FTC-Act

6.1. Verfolgungszuständigkeit

Sec. 5 (a) des Federal Trade Commission Act von 1914, geändert 1938, bestimmt:

> "Unfair methods of competition in commerce, and unfair or deceptive acts or practices in commerce, are hereby declared unlawful."

Diese Generalklausel untersagt jegliche Form unlauteren oder irreführenden Wettbewerbs.
Sec. 5 FTC-Act ist neben den Vorschriften der Sec. 1 und 2 Sherman Act die wichtigste Norm im Kampf gegen Monopole und Oligopole. Eine hierbei entstandene Zweigleisigkeit der Entwicklung liegt darin begründet, daß für die Verfolgung von Verstößen gegen den Sherman Act die Antitrust Division des Department of Justice, in erster Linie neben den privatrechtlichen Verfahren und ausschließlich in Strafverfahren, zuständig ist. Wie noch zu zeigen sein wird, hat sich im Laufe der Zeit eine gewisse subsidiäre Zuständigkeit der Federal Trade Commission in Sherman Act Fällen entwickelt. Diese dem Bundeskartellamt vergleichbare selbständige Behörde ist allein für die Anwendung des FTC-Act zuständig. Sie leitet in Verwaltungsverfahren sog. "administrative proceedings" ein und entscheidet in erster Instanz selbst. Gegen ihre "cease and desist orders" ist eine Beschwerde zum zuständigen Court of Appeal und die Rechtsbeschwerde zum Federal Supreme Court möglich. Eine vergleichsweise Regelung im Wege einer "consent order" ist möglich. Diese hat für das betroffene Unternehmen den Vorteil, daß sie für einen zivilen Schadensersatzprozeß keine Präjudizwirkung entfaltet.

Neben der auf Rechtsvorschriften beruhenden Trennung der Verfolgungszuständigkeiten findet zwischen den Verfolgungsbehörden eine Arbeitsteilung dahingehend statt, daß

die Federal Trade Commission solche Fälle verfolgt, bei denen sie aufgrund ihrer besseren materiellen und personellen Ausstattung umfangreichere Recherchen anstellen kann, während die Antitrust Division besonders schwerwiegende Wettbewerbsverstöße aufgreift[164].

Festzuhalten bleibt, daß es der Antitrust Division nicht möglich ist, Verfahren auf eine Verletzung von Sec. 5 FTC-Act zu stützen. Sie ist in Oligopolfällen auf Sec. 1 und 2 Sherman Act beschränkt. Ihre Initiative zur Fortentwicklung der Rechtsprechung ist deshalb für Sec. 5 FTC-Act nicht nutzbar.

6.2. Anwendung auf Oligopolsachverhalte

Aufgrund der offenen Fassung des Sec. 5 FTC-Act war sowohl die Frage, was als "unfair method of competition" anzusehen ist, als auch die Frage, welcher Rahmen den Sanktionen hierfür gesetzt war, von Anfang an der Interpretation der Rechtsprechung überlassen, die sich auch mit dem Problem des Oligopolpreisverhaltens im Rahmen dieser Vorschrift zu befassen hatte.

Im Jahre 1948 lag dem Supreme Court ein Verfahren gegen einen Wirtschaftsverband der Zementindustrie und die Mitglieder dieses Verbandes wegen Verstoßes gegen Sec. 5 FTC-Act zur Entscheidung vor[165]. Die Federal Trade Commission hatte ihre später von dem Circuit Court of Appeals aufgehobene "cease and desist order" auf die Anwendung gleichförmiger Frachtbasensysteme durch die Beklagten gestützt und aufgrund der gesammelten Fakten daraus unter anderem den Vorwurf abgeleitet, die Beklagten hätten mehr als 8 Jahre lang eine "illegal combina-

---

164 Vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 31

165 FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948)

tion" aufrechterhalten, die zu einer Behinderung des Wettbewerbs geführt habe. Zunächst stellt der Gerichtshof klar, daß nach ständiger Rechtsprechung unter "unfair methods of competition" nach Sec. 5 FTC-Act sämtliche Verstöße gegen Normen des Sherman Act fallen. Damit ergibt sich de facto auch eine Zuständigkeit der Federal Trade Commission für Verstöße gegen den Sherman Act, solange sie von der FTC unter dem Etikett eines Verstoßes gegen Sec. 5 FTC-Act verfolgt werden [166].

Die Beklagten stützten ihre Verteidigung auf eine Entscheidung des Supreme Court im sog. "Old Cement Case"[167], in der vom Gericht ein Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act verneint worden war. Der beklagte Verband hatte Daten über Verkauf und Verteilung von Zement gesammelt und weitergegeben. In dieser Tätigkeit hatte das Gericht deshalb keinen Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act gesehen, weil die Regierung nicht in der Lage gewesen war, negative Auswirkungen dieser Tätigkeit auf die Preisgestaltung nachzuweisen.

Zur Abgrenzung von dieser Entscheidung im "Old Cement Case" weist der Supreme Court auf den unterschiedlichen festgestellten Sachverhalt hin. Es folgen dann grundsätzliche Ausführungen zum unterschiedlichen Anwendungsbereich von Sec. 1 Sherman Act und Sec. 5 FTC-Act:

> "... individual conduct, or concerted conduct, which falls short of being a Sherman Act violation may as a matter of law constitute an 'unfair method of competition' prohibited by the Trade Commission Act. A major purpose of that Act, as we have frequently said, was to enable the Commission to restrain practices as 'unfair' which, although not yet having grown into Sherman Act dimensions would, most likely do so if left unrestrained. The Commission and the courts were to determine what conduct, even though it might then be short of a Sherman Act violation,

166 333 U.S. 683, 690/691 m.w.N. in Fn. 3, 691

167 Cement Mfrs' Protective Asso.v.U.S., 268 U.S. 588 (1925)

was an 'unfair method of competition'."[168]

und kommt dann zu dem Ergebnis:

"We sustain the Commission's holding that concerted maintenance of the basing point delivered price system is an unfair method of competition prohibited by the Federal Trade Commission Act."[169]

Die Verurteilung der Beklagten wegen Teilnahme an einer Aktion zur Erreichung von Preisuniformität wurde im vorliegenden Fall von den ermittelten Tatsachen gestützt:

"... there was abundant evidence as to common practices of these respondents and the others on the basis of which the Commission was justified in finding cooperative conduct among all to achieve delivered price uniformity[170] -
that kind of practice, which if left alone 'destroys competition and establishes monopoly' -."[171]

Das Gericht geht auch auf die von den Beklagten erhobene Behauptung ein, die entstandenen gleichförmigen Preise seien nicht Folge einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Übereinkunft über die gemeinsame Anwendung des Lieferpreissystems, sondern zwangsläufige Entwicklung unter dem Druck des Wettbewerbs. Unter Hinweis auf die Interstate Circuit-[172], die Masonite-[173] und andere Entscheidungen[174] bestätigt das Gericht die Auffassung der FTC, daß die Adoption identischer Preissysteme aller Beklagten über mehrere Jahre hinweg den zwingenden Schluß auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Absprache zuließe.

---

168 333 U.S. 683, 708
169 333 U.S. 720
170 333 U.S. 719
171 333 U.S. 720
172 Interstate Circuit v. U.S., 305 U.S. 208
173 U.S. v. Masonite Corp. 316 U.S. 265
174 Vgl. 333 U.S. 716 Fn. 17

Die Bedeutung der Entscheidung liegt nicht in der Anwendung des Sec. 5 FTC-Act im konkreten Fall, in dem die ermittelten Fakten wohl auch zu einer Verurteilung unter Sec. 1 Sherman Act ausgereicht hätten. Das Gericht eröffnet vielmehr durch die Erklärung, daß die Eingriffsschwelle des FTC-Act schon dann erreicht sei, wenn ein Verstoß gegen Normen des Sherman Act noch nicht nachweisbar ist, einen weiten Spielraum für den Anwendungsbereich des Sec. 5 FTC-Act. So konnte sich das Gericht damit begnügen, aus dem Parallelverhalten der Beklagten unter Hinweis auf den "gesunden Menschenverstand" auf das Vorliegen einer Kollusion zu schließen, ohne, wie in Sec. 1 Sherman Act Fällen, nach weiteren Beweisen für das Vorliegen einer tatsächlichen Absprache suchen zu müssen:

> "It is enough to warrant a finding of a 'combination' within the meaning of the Sherman Act, if there is evidence that persons, with knowledge that concerted action was contemplated and invited, give adherence to and then participate in a scheme."[175]

Bewußtes Parallelverhalten genügt nach dieser Auffassung also für die Feststellung einer illegalen Verhaltensweise, wenn es zu einer Behinderung des Wettbewerbs führt. Damit bringt Sec. 5 FTC-Act in Oligopolfällen eine weitere Beweiserleichterung gegenüber Sec. 1 Sherman Act Fällen, denn es genügt der Nachweis gleichförmigen Verhaltens von Oligopolisten und des Ergebnisses einer wettbewerbsbehindernden Auswirkung dieses Verhaltens.

Daneben erweitert die Cement Institute Entscheidung den sachlichen Anwendungsbereich des Sec. 5 FTC-Act durch Vorverlegung der Eingriffsschwelle:

---

175 333 U.S. 716, Fn. 17

"That basic problem is whether the Commission made findings of concerted action, whether those findings are supported by evidence, and if so whether the findings are adequate as a matter of law to sustain the Commission's conclusion that the multiple basing point system as practiced constitutes an 'unfair method of competition', because it either restrains free competition or is an incipient menace to it."[176]

Das Gericht hat hier die später als "incipiency doctrine" bezeichnete Ausdehnung des Sec. 5 FTC-Act auf Verhaltensweisen angedeutet, die eine "beginnende Bedrohung" für den Wettbewerb darstellen. Dies bedeutet, daß schon Gefährdungssachverhalte im Vorfeld der Antitrustvorschriften gesetzwidrig sind[177].

Ein weiterer Frachtbasenfall gegen die Mitglieder der Rigid Steel Conduit Association wurde vom Berufungsgericht unter Hinweis auf die Entscheidung des Supreme Court im Cement Institute Fall im Sinne der Klage der Federal Trade Commission entschieden. Das Gericht bestätigte dabei Ziff. 2 der Klage, wonach die individuelle Anwendung der Frachtbasensysteme in dem Bewußtsein, daß die Wettbewerber diese ebenfalls anwenden, eine "unfair method of competition" darstellten:

"... we cannot say that the Commission was wrong in concluding that the individual use of the basing point method as here used does constitute an unfair method of competition."[178]

Mit diesem Urteil war bewußtes Parallelverhalten eindeutig als illegal unter Sec. 5 FTC Act bestätigt worden, sofern das Verhalten zu Wettbewerbsbehinderungen wie z.B. Preisuniformität führt.

---

176 333 U.S. 709

177 Vgl. Möschel, Der Oligolmißbrauch, S. 31

178 Triangle Conduit & Cable Co. v. FTC, 168 F.2d 175, 181

Der Supreme Court bestätigte das Urteil ohne Begründung, da das Gericht bei Stimmengleichheit gespalten war.[179]

Die Konsequenzen dieser Interpretation von Sec. 5 FTC Act und die von Sherman Act Fällen unterschiedlichen Voraussetzungen beleuchtete Richter Hastie eindrucksvoll in seiner "dissenting opinion" in Milgram v. Loew's[180]:

> "Certainly conspiracy and combination, the nouns used in Section 1 of the Sherman Act to describe the conduct in restraint of trade there prohibited, connote collaboration and agreement both in common understaning and as normally applied in antitrust cases. Indeed courts have contrasted that 'combination' which is essential to a Sherman Act violation with uniform business practices achieved without collaboration which may constitute unfair commercial practices in violation of the Federal Trade Commission Act, but not the Sherman Act."[181]

In FTC v. Motion Picture Advertising Service Co.[182] bestätigte der Supreme Court seine "incipiency doctrine" erneut:

> "The 'unfair methods of competition' which are condemned by Sec. 5 (a) of the Act, are not confined to those that were illegal at common law or that were condemned by the Sherman Act ... It is also clear that the Federal Trade Commission Act was designed to supplement and bolster the Sherman Act and the Clayton Act ... to stop in their incipiency acts and practices which, when full blown, would violate those Acts ... as well as to condemn as 'unfair methods of competition' existing violations of them."[183]

---

179 Clayton Mark & Co. v. FTC, 336 U.S. 956 (1949)

180 192 F2d 579 (3d Cir. 1951) cert.denied, 343 U.S. 929 (1952)

181 a. a. O. S. 591

182 344 U.S. 392 (1953)

Interessanterweise spielt die Anwendung der "incipiency doctrine" auf Fälle bewußten Parallelverhaltens in der Folgezeit keine Rolle in den Aktivitäten der Federal Trade Commission[184]. Ein Grund hierfür könnte gewesen sein, daß diese Art von Verfahren, auch wenn sie von der FTC unter Sec. 5 FTC Act gebracht wurden, auch im Bewußtsein der Verfolgungsbehörde als "Quasi Sec. 1 Sherman Act" Fälle verstanden wurden. Möglicherweise blieb deshalb die zu Sec. 1 Sherman Act ergangene Entscheidung in Theater Enterprises[185] nicht ohne Auswirkung auf das Verständnis der Federal Trade Commission der Möglichkeiten des Sec. 5 FTC-Act, da dieses Urteil damals verbreitet als Umkehr in der Rechtsprechung und Absage an die Angreifbarkeit von bloßem Parallelverhalten angesehen wurde.

Neben "Quasi Sec. 1 Sherman Act" Kollusionsfällen kann die Federal Trade Commission unter Sec. 5 FTC-Act, wie gezeigt, alle Verstöße gegen Antitrustnormen, somit auch Verstöße gegen Sec. 2 Sherman Act, anklagen.
In einem Verfahren gegen einen Hersteller von Abzeichen für Universitätsverbindungen beschuldigte die FTC den Beklagten der Monopolisierung, da er 86,9 % Marktanteil hatte und den Markt kontrolliert habe[186]. Das Berufungsgericht bestätigte die Auffassung der Commission und fügte hinzu, daß

> "facts amounting to a Section 5 violation of monopolization should be sustained if they contravene the policies of Section 2, though they might not constitude a violation of Section 2 itself"

---

183 zitiert nach Ingo Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, S. 100

184 Vgl. Möschel, Der Oligolpolmißbrauch, S. 32

185 Theater Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954)

186 Balfour v. FTC, 442 F.2d 1 (7th Cir. 1971)

und daß

> "the Commission under Section 5 is not bound to follow antitrust standards as strictly as the courts must in cases under the Sherman and Clayton Acts."[187]

Nach Ansicht dieses Gerichts greift Sec. 5 FTC-Act in Monopolfällen schon dann ein, wenn Verhaltensweisen des Monopolisten dem Gesetzeszweck von Sec. 2 Sherman Act zuwiderlaufen, ohne schon eine Gesetzesverletzung darzustellen. Ausdrücklich klargestellt wird, daß die strengen Anforderungen der Sherman Act Fälle nicht für Sec. 5 Fälle gelten.

Im Gegensatz hierzu steht das Vorgehen der FTC im Topps Chewing Gum Fall[188]. Topps hatte mit allen populären Baseballspielern langjährige Exklusivverträge über die Herstellung von Bildkarten geschlossen und dadurch auf dem Markt der "baseball picture cards" eine marktbeherrschende Stellung erlangt. Topps verwandte diese Bilder als Zugabe in seinen eigenen Süßwarenprodukten und weigerte sich, die Bildkarten Konkurrenten auf dem Süßwarenmarkt zugänglich zu machen. Der "hearing examiner" des Falles sah die Klage als begründet an, daß nämlich Topps den Markt der "candy, confectionery and chewing gum industry" zu monopolisieren versucht und monopolisiert hatte.
Die Commission hob die Klage auf mit der Begründung, der Beklagte habe keine Monopolmacht in einem wirtschaftlich bedeutsamen Markt besessen. Der Markt für Baseballbilder stelle keinen relevanten separaten Markt dar.
Die Commission hielt sich bei dieser Entscheidung offensichtlich an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Marktabgrenzung in Sec. 2 Sherman Act Fällen, ohne die erweiterten Möglichkeiten des Sec. 5 FTC-Act auszuschöpfen.

---

187 zitiert nach Rockefeller, Monopolization under Sec. 5 of the FTC-Act, 41 ABA Antitrust L.J. 1973, 637

188 67 F.T.C. 744 (1965)

Im sog. "Peelers Case"[189] bestätigte das Berufungsgericht die Auffassung der Commission, die Beklagten hätten durch diskriminierende Leasingpraktiken ihre durch Patente gesicherte Monopolstellung auf dem Markt für Krabbenschälmaschinen mißbräuchlich ausgenützt und damit "unfair methods of competition", die von Sec. 5 FTC-Act untersagt sind, angewendet. Das Gericht führte dabei aus:

> "The words 'unfair practices' and 'unfair methods of competition' are not limited to precise practices that can readily be catalogued. They take their meaning from each case and the impact of praticular practices on competition and monopoly."

Auch hier findet sich wieder ein Hinweis eines Untergerichts auf den weiten Anwendungsbereich von Sec. 5 FTC-Act auch in Monopolsachverhalten.
Commissioner Elman hatte in dem Verfahren erklärt,

> "a course of conduct that would be lawful if engaged in by a nonmonopolist may ... be an unfair method of competition when engaged in by a monopolist".[190]

Er deutet darin die Möglichkeit an, bei der Definition der "unfair method of competition" die Marktstruktur und die Marktstellung des betroffenen Unternehmens zu berücksichtigen.

In einem Verfahren gegen die Golden Grain Macaroni Co.[191] ordnete die Commission an, daß Golden Grain verschiedene Trockenteigfabriken abstoßen müsse, die es im Laufe der sechziger Jahre erworben hatte. Die Order stützte sich darauf, daß Golden Grain mit den Erwerbungen sich eines Quasi-Sec. 7 Clayton Act-Verstoßes schuldig gemacht habe.

---

189 La Peyre v. FTC, 366 F.2d 117 (5th Cir. 1966)
190 Grand Caillou Packing Co., 65 FTC 799 (1964)
191 FTC Dkt. 8737, 3 Trade Reg. Rep. § 19, 521 (1971)

Ursprünglich war die Klage jedoch auf Monopolisierungsversuch und Monopolisierung des Trockenteigmarktes gestützt gewesen. Die Commission verneinte diesen Vorwurf unter Berufung auf die Prinzipien der Rechtsprechung zu Sec. 2 Sherman Act. Der Marktanteil von Golden Grain reiche nur für die Feststellung einer oligopolistischen Marktstruktur. Für den Attempt-Vorwurf fehle es an einer "dangerous probability". Dieser engen Interpretation des Monopolisierungs- und Versuchstatbestandes widersprachen zwei Commissioner[192], die feststellten, daß die Beklagte in Wahrheit einen Marktanteil von 70,6 % halte und sich somit der Vermutung des Besitzes von Monopolmacht ausgesetzt sähe, die sie nicht widerlegen könne.

Das Berufungsgericht bestätigte im wesentlichen die Entflechtungsanordnung der Commission[193].

Rockefeller[194] zieht aus dem Verhalten der FTC in den genannten Fällen wohl zu Recht den Schluß, daß die Federal Trade Commission die von den Gerichten aufgezeigten Möglichkeiten einer weiten Interpretation von Sec. 5 FTC-Act nicht genutzt hat, sondern die Fälle an Standards gemessen hat, die bei den Gerichten in Sec. 2 Sherman Act Fällen Anwendung gefunden hätten. Erwähnenswert ist dabei, daß die Commission sogar auf den "dangerous probability" Test beim Versuchstatbestand nicht zu verzichten bereit war.

Diese Haltung der FTC ist umso bedauerlicher, als auch der Supreme Court die umfangreichen Befugnisse der Federal Trade Commission immer wieder betont. In Atlantic Refining Company v. Federal Trade Commission[195], einem sog. TBA (tires, batteries, accessory products)-Case, bestätigte der Supreme Court die Auffassung der Commission,

---

192 a. a. O. § 19, 521, S. 21 591 ff.

193 Golden Grain Macaroni Co. v. FTC, 1973 Trade Cases § 74, 300; ebenfalls 472 F.2d 882 (9th Cir. 1972) cert. denied, 412 U.S. 918 (1973)

194 Monopolization under Sec. 5 of the FTC Act, 41 ABA Antitrust L.J. 641 (1973)

195 381 U.S. 357 (1965)

daß die enge Zusammenarbeit zwischen der Treibstoffgesellschaft Atlantic und dem größten Reifenhersteller der USA, Goodyear, in einer einem Koppelungsvertrag ähnlichen Form gegen Sec. 5 FTC-Act verstieß. In diesem Zusammenhang sagte Richter Clark über die Anwendungsmöglichkeiten des Sec. 5 FTC-Act durch die Federal Trade Commission:

> "In a broad delegation of power it empowers the Commission, in the first instance, to determine whether a method of competition or the act or practice complained of is unfair. The Congress intentionally left development of the term 'unfair' to the Commission rather than attempting to define 'the many and variable unfair practices which prevail in commerce' ...
> ... our function is limited to determining whether the Commission's decision has 'warrant in the record' and a reasonable basis in law."[196]

und verweist dabei ausdrücklich auf die Entscheidung im Cement Institute Fall.[197] Unter Bezug auf die Motion Picture Advertising Entscheidung[198] führt er weiter aus:

> "As our cases hold, all that is necessary in Sec. 5 proceedings to find a violation is to discover conduct that runs counter to the public policy declared in the Act ... It has long been recognized that there are many unfair methods of competition that do not assume the proportions of antitrust violations."[199]

Noch einen Schritt weiter ging der Supreme Court in seiner viel beachteten S. & H. Entscheidung.[200]

---

196 381 U.S. 357, 367

197 333 U.S. 683, 693 (1948)

198 F.T.C. v. Motion Picture Advertising Service Co., 344 U.S. 392, 394 (1953)

199 381 U.S. 357, 369

200 F.T.C. v. The Sperry and Hutchinson Co., 405 U.S. 233 (1972)

Das Berufungsgericht hatte eine Entscheidung der Commission aufgehoben, weil das Verhalten der Beklagten keinen Verstoß gegen Sec. 5 FTC-Act darstellte. Ein solcher liege nur dann vor, wenn entweder der Buchstabe oder der Geist der Antitrustgesetze verletzt sei.

Richter White widersprach in dem Urteil des Supreme Court dieser Gesetzesinterpretation ausdrücklich. Unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und die Materialien des Gesetzgebungsverfahrens wies er darauf hin, daß der FTC-Act nicht lediglich Antitrustverstöße sanktionieren sollte, denn dazu hätten bereits Sherman- und später Clayton Act ausgereicht. Die Ergänzung von Sec. 5 FTC-Act durch das Wheeler-Lea-Amendment im Jahre 1938, wodurch die Worte "unfair or deceptive acts or practices" eingefügt worden waren, habe vollends klargemacht, daß Sec. 5 FTC-Act über den Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerber hinaus den Schutz der Verbraucher im Auge habe. Die früher vom Supreme Court im Gratz-Fall vertretene enge Interpretation sei schon längere Zeit von diesem aufgegeben[201].

Unter Bezugnahme auf die Keppel-Entscheidung[202] kommt er zu dem Ergebnis:

> "Thus, legislative and judicial authorities alike convince us that the Federal Trade Commission does not arrogate excessive power to itself if in measuring a practice against the elusive, but congressionally mandated standard of fairness, it, like a court of equity, considers public values beyond simply those enshrined in the letter or encompassed in the spirit of the antitrust laws. The general conclusion just enunciated requires us to hold that the Court of Appeals erred in its construction of § 5 of the Federal Trade Commission Act."[203]

---

201 Vgl. auch FTC v. Brown Shoe Co., 384 U.S. 316, 320/321 (1966)

202 FTC v. R.F. Keppel & Bro., Inc. 291 U.S. 304 (1934)

203 405 U.S. 233, 244/245 (1972)

Der Gerichtshof ging damit wiederum weiter in der Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Sec. 5 FTC-Act, als es die Federal Trade Commission in ihrer ursprünglichen, vom Berufungsgericht aufgehobenen Klage gewagt hatte. Die FTC hatte die Klage ursprünglich ausschließlich auf den "anti-competitive effect" unter Bezug auf die Grundlagen der Antitrustgesetze gestützt. Der Verbraucherschutzgesichtspunkt war erst im Revisionsverfahren nachgeschoben worden. Wegen fehlendem rechtlichen Gehör zu diesem Anklagepunkt verwies der Supreme Court das Verfahren an das Berufungsgericht mit der Auflage zurück, es unter Beachtung der Rechtsauffassung des Supreme Court zur weiteren Verhandlung an die Federal Trade Commission zurückzuverweisen.

Bemerkenswert an diesem Fall ist neben der allgemein anerkannten Tatsache, daß damit der FTC sehr weitgehende Befugnisse in der Anwendung des FTC-Act bestätigt wurden, auch der Umstand, daß die Federal Trade Commission erst sehr spät im Verfahren gewagt hatte, den möglichen Spielraum der Norm auszuloten, und daß der Supreme Court, ohne zu zögern, den Rahmen sehr weit gesteckt hat.

Dieses zurückhaltende Vorgehen der Federal Trade Commission scheint seit Anfang der siebziger Jahre einer etwas couragierteren Verfolgungspraxis gewichen zu sein. Besonders einige große Parallelverfahren gegen bedeutende Oligopolisten zeigen, daß die FTC beginnt, die Möglichkeiten des Sec. 5 FTC-Act für Sachverhalte mit Oligopolbezug einzusetzen, was Rockefeller zu der Bemerkung über die Anwendbarkeit der Shared Monopoly Doctrine in Sec. 5 FTC-Act veranlaßte:

> "The FTC, on the other hand, in need of evidence of its new vitality, has tentatively, at least, adopted the theory as worthy of serious, sustained and enormously expensive experimentation."[204]

---

204 Panell Discussion: Monopolization and Attempts to Monopolize: Whatever happened to Section 2, 41 ABA Antitrust L.J. 647 (1973)

Im Busreifenfall[205] ging die Federal Trade Commission gegen die Leasingpraktiken der 5 großen Busreifenhersteller vor. Die 5 Reifenhersteller Goodyear, Firestone, Uniroyal, B.F. Goodrich und General Tire, die 99 % des Busreifenbedarfs deckten, lieferten in nahezu identischer Ausbildung ihrer Geschäftspraktiken Reifen an die Transportunternehmen nur auf der Basis langfristiger Leasingverträge, bei deren Auslaufen die Abnehmer zum Kauf der gelieferten Reifen zu überhöhten Preisen verpflichtet waren. Ein unmittelbarer Kauf der Reifen war nicht möglich, Serviceleistungen der Hersteller waren nur in Verbindung mit den Leasingverträgen zugänglich.

Die Federal Trade Commission beschuldigte die Reifenhersteller, durch ihre gleichartigen Geschäftspraktiken den Abnehmern die Möglichkeit genommen zu haben, auf einen anderen Lieferanten überzugehen, und potentiellen Konkurrenten den Zutritt zum Markt verschlossen zu haben.

Da das Verfahren in einem frühen Stadium durch eine "consent order" beigelegt wurde, kam es nicht zu einer Überprüfung der dem Vorgehen der FTC zugrundeliegenden theoretischen Überlegungen. Bei der Bekanntgabe des Vergleichs führte die FTC über die rechtliche Konstruktion folgendes aus:

> "The complaint charged, that the tire manufacturers have followed, without conspiring, parallel courses of business conduct - commonly known as 'conscious parallelism' - that has resulted in the transit companies' being virtually unable to change suppliers or to obtain competitive bids for their tire requirements."[206]

---

205 Goodyear Tire & Rubber Co., 3 CCH Trade Reg. Rep. § 19, 522 (1971) consent order

206 3 CCH Trade Reg. Rep. § 19, 522

Aus diesem Statement ergibt sich einerseits, daß die FTC auf Theorien, nach denen bewußtes Parallelverhalten die Voraussetzung einer Qualifikation als conspiracy unter gewissen Marktstrukturkonstellationen erfüllt, überhaupt nicht eingeht, daß sie darauf andererseits aber verzichten zu können glaubt, da bloßes bewußtes Parallelverhalten ein Eingreifen der Antitrustnormen bei wettbewerbswidrigen Ergebnissen ermögliche. Die Notwendigkeit zu einer dogmatischen Auseinandersetzung mit diesen Fragen ergab sich für die FTC angesichts der Möglichkeiten des Sec. 5 FTC-Act in dem frühen Verfahrensstadium jedenfalls noch nicht.

Die von der FTC vorgesehene cease and desist order verlangte die Aufhebung der Leasingverträge und die Einräumung einer Kaufmöglichkeit der Reifen und unabhängig davon Inanspruchnahme von Serviceleistungen zu Preisen, die "reasonable" sein mußten. Die Laufzeit für Kaufverträge sollte ein Jahr nicht übersteigen dürfen.

Die auf eine Marktergebniskontrolle zielende Klausel der "reasonable prices" fand keinen Eingang in die consent order, die auch im übrigen gegenüber den vorgesehenen Maßnahmen abgeschwächt wurde. Immerhin wurde im Ergebnis die Verpflichtung der Reifenhersteller festgehalten, Reifen auf Wunsch verkaufen zu müssen und die Verträge so zu gestalten, daß den Abnehmern die Möglichkeit zum Wechsel der Lieferanten offensteht. Dadurch wurde das von den Reifenherstellern gemeinsam praktizierte Leasingsystem, das zu einer völligen Erstarrung des Wettbewerbs geführt hatte, aufgehoben und die Möglichkeit der Rückkehr zu mehr Preiswettbewerb eröffnet.

Die FTC hat in diesem Verfahren durch Unterbindung eines isolierbaren Aktionsparameters die Wettbewerbsbedingungen gestaltet[207].

---

207 Vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 33

Strukturelle Maßnahmen wurden nicht ergriffen. Die ursprünglich in Aussicht genommene Klausel, wonach den Reifenherstellern "monopolizing or attempting or conspiring to monopolize" untersagt werden sollte[208], taucht in dem Vergleich nicht auf. Trotzdem ist als Basis des Vorgehens der FTC die Berücksichtigung der Marktstruktur deutlich erkennbar. Die negativen Auswirkungen der Geschäftspraktiken auf den Wettbewerb wurden nur deshalb relevant, weil sie von den wenigen den Markt beherrschenden Oligopolisten parallel und gleichförmig angewendet worden waren. Wenn nur einer von vielen Wettbewerbern eines Marktes eine derartige Vertragspraxis verfolgt hätte, wäre dagegen unter wettbewerbspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nichts einzuwenden. Es war gerade die Struktur und das Parallelverhalten im engen Oligopol, die zum Eingreifen der Behörde zwangen.

Obwohl im Busreifenfall die Frage nach einer "conspiracy" nicht aktuell wurde, ist Alan S. Ward sicher beizupflichten, wenn er meint, daß das Verhalten der Reifenhersteller auch den Nachweis einer "conspiracy" unter den Anforderungen von Sec. 1 und Sec. 2 Sherman Act ermöglicht hätte[209]. Es dürfte nämlich schwerfallen, die parallele Anwendung gerade dieser ausgefallenen Liefermodalitäten anders als mit einer ausdrücklichen Absprache zu erklären. Selbst die Oligopoltheorie ist wohl kaum in der Lage, Erklärungen für eine unabhängige Entwicklung zu derart identischen Ergebnissen zu liefern.

Das Vorgehen der FTC im Busreifenfall zeigt gewisse Parallelen zu den Car Finance Fällen[210], in denen mit Hilfe der intra-enterprise-doctrine die Finanzierungspraktiken der Automobilhersteller in Parallelverfahren unter Sec. 1 Sherman Act verfolgt wurden, oder zu Verfahren wie Mt. Lebanon Motors

---

208 3 CCH Trade Reg. Rep. § 19, 522

209 Alan S. Ward, A Current Perspective on Enforcement of Laws Against Monopolization, 41 ABA Antitrust L.J. 601, 606 (1973)

210 U.S. v. General Motors Corp., 121 F. 2d 376 (1941)

Inc. v. Chrysler Corp.[211] und Rea v. Ford Motor Co.[212], wo in Parallelverfahren ein Eingreifen wiederum unter Anwendung der intra-enterprise-doctrine und grundsätzlich auch des Versuchstatbestandes des Sec. 2 Sherman Act bei jedem einzelnen Oligopolisten ermöglicht wurde. Auch dort standen hinter den dogmatischen Kunstgriffen der intra-enterprise-doctrine und des Verzichts auf den "dangerous probability test" mit Sicherheit Überlegungen, die die Gesamtstruktur des Marktes berücksichtigten, auf dem die jeweiligen Beklagten tätig waren; die Lösungsmöglichkeiten wurden dann mit Hilfe des konventionellen Instrumentariums der Antitrustnormen gesucht.

---

211 283 F. Supp. 453, aff'd per curiam 417 F.2d 622 (1969)

212 355 F. Supp. 842 (W.D.Pa 1973) rev'd on other grounds 497 F. 2d (3rd Cir.), cert. denied 419 U.S. 868 (1974)

6.3. Remedies (Sanktionen)

Wenn die FTC die Voraussetzungen einer Verletzung von Sec. 5 bejaht hat, erläßt sie als Sanktion eine Untersagungsverfügung - cease and desist order - (Sec. 5 (a) (6) FTC-Act), die im Fall der Fortsetzung des Verfahrens der Überprüfung der ordentlichen Gerichte unterliegt, gegebenenfalls auch des Supreme Court.

Ebenso wie auf der Seite der Tatbestandsvoraussetzungen hat sich auf der Rechtsfolgenseite von Sec. 5 FTC-Act im Laufe der Jahre in der Rechtsprechung eine Erweiterung der Befugnisse der FTC ergeben.
Frühe Entscheidungen tendierten dazu, die Befugnisse der Commission restriktiv zu interpretieren; sie sollten nicht den gleichen Umfang erreichen wie die Befugnisse eines Gerichts im Equity-Verfahren[213].

1940 vertrat der Supreme Court erstmals die Ansicht, cease and desist orders einer Behörde seien den injunctive decrees im Equity-Verfahren gleichzusetzen[214].
In Jacob Siegel Co. v. FTC[215] erklärte das Gericht:

> "The Commission has wide discretion in its choice of a remedy deemed adequate to cope with the unlawful practices in this area of trade and commerce. Here, as in the case of orders of other administrative agencies under comparable statutes, judicial review is limited. It extends no further than to ascertain whether the Commission made an allowable judgment in its choice of the remedy ...

---

213 Vgl. Arrow-Hart & Hegemann Elec. Co. v. FTC, 291 U.S. 587 (1934); FTC v. Eastman Kodak Co., 274 U.S. 619, 623 (1927); FTC v. Western Meat Co., 272 U.S. 554, 560-61 (1926)

214 NLRB v. Express Publishing Co., 312 U.S. 426, 435-37 (1941)

215 327 U.S. 608 (1946)

> ... It has wide latitude for judgment and the courts will not interfere except where the remedy selected has no reasonable relation to the unlawful practices found to exist."[216]

Damit ist die Überprüfbarkeit der Entscheidung der FTC durch das Gericht auf die Feststellung der Rechtmäßigkeit ohne Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit beschränkt, was der FTC einen weiten Ermessensspielraum einräumt. Im Bewußtsein ihrer im Gegensatz zur FTC geringeren Möglichkeiten der Ermittlung der wirtschaftlichen Hintergründe ist verständlich, daß Gerichte selten von den von der FTC festgesetzten Orders abgewichen sind, wenn sie die von der FTC vorgetragenen Fakten als überzeugend und zu einer Verurteilung als ausreichend angesehen hatten. Diese Einstellung kommt auch in der Erklärung des Supreme Court zum Ausdruck:

> "... as an administrative agency which deals continually with cases in the area, the Commission is often in a better position than are the courts to determine when a practice is 'deceptive' within the meaning of the (FTC) Act. This Court has frequently stated that the Commission's judgment is to be given great weight by the reviewing courts. This admonition is especially true with respect to allegedly deceptive advertising since the finding of a § 5 violation in this field rests so heavily on inference and pragmatic judgment."[217]

Die Ermächtigung der FTC umfaßt heute unstreitig nicht nur Untersagungsverfügungen, die sich auf ein bestimmtes unter das Verbot von Sec. 5 FTC-Act fallendes Verhalten beziehen, sondern auch sog. "affirmative orders", in denen ein Verhalten vorgeschrieben wird, und Verfügungen, durch die

---

216 327 U.S. 608, 611-13 (1946)

217 FTC v. Colgate-Palmolive Co., 380 U.S. 374 (1965)

sogar sonst zugelassene Praktiken untersagt werden, weil sie möglicherweise die Aufnahme illegaler Verhaltensweisen fördern könnten[218].

Während die umfangreichen Eingriffsmöglichkeiten der FTC in Fällen, in denen bestimmte mißbräuchliche oder wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen zur Anwendbarkeit des Sec. 5 geführt haben, heute unbestritten sind und nur in solchen Fällen von den Gerichten nicht bestätigt wurden, in denen zwischen den festgestellten Verstößen und den angeordneten Rechtsfolgen überhaupt keine Beziehung bestand oder die Orders zu ungenau abgefaßt waren[219], sind die zulässigen Rechtsfolgen in Fällen, in denen eine Veränderung der Marktstruktur angebracht erscheint, umstritten.

Gegen die Anwendbarkeit von strukturellen Sanktionen sprach sich der Supreme Court im ersten National Lead Case[220] aus. Obwohl es sich um ein Verfahren wegen Verletzung des Sherman Act durch illegales Verhalten handelte, läßt sich auch für die verhaltensorientierte Anwendung von Sec. 5 FTC-Act die Parallele ziehen, daß in "conduct" Fällen strukturelle Maßnahmen nicht möglich sind.

---

218 Vgl. FTC v. Mandel Bros., 359 U.S. 385 (1959); Slough v. FTC, 396 F.2d 870 (5th Cir.), cert. denied, 393 U.S. 980 (1968); Joseph A. Kaplan & Sons v. FTC, 347 F.2d 785 (D.C. Cir. 1965); Coro, Inc. v. FTC, 338 F.2d 149 (1st Cir. 1964), cert. denied, 380 U.S. 954 (1965); FTC v. Colgate-Palmolive Co., 380 U.S. 374 (1965); Benrus Watch Co. v. FTC, 352 F.2d 313 (8th Cir. 1965), cert. denied, 384 U.S. 939 (1966); Carter Prods., Inc. v. FTC, 323 F.2d 523 (5th Cir. 1963); Chain Institute, Inc. v. FTC, 246 F.2d 231 (8th Cir.), cert. denied, 355 U.S. 895 (1957); E.Edelmann & Co. v. FTC, 239 F.2d 152, 156 (7th Cir. 1956), cert. denied, 355 U.S. 941 (1958); Moog Indus., Inc. v. FTC,238 F.2d 43, 52 - 53 (8th Cir. 1956), aff'd, 355 U.S. 411 (1958); Consumer Sales Corp. v. FTC, 198 F.2d 404 (2d Cir. 1952), cert. denied 344 U.S. 912 (1953); P. Lorillard Co. v. FTC, 186 F.2d 52, 58 (4th Cir. 1950); FTC v. National Lead Co., 352 U.S. 419, 430 (1957); Arthur Murray Studio, Inc. v. FTC, 458 F.2d 622 (5th Cir. 1972);

Die Federal Trade Commission hat jedoch in letzter Zeit auch Anordnungen der Entflechtung von Unternehmen getroffen und wurde von den Untergerichten auch bestätigt[221].

Die Fälle betrafen Verfahren, in denen auch die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen das Fusionsverbot von Sec. 7 Clayton Act vorgelegen hatten. Die Entflechtungsanordnungen betrafen nur solche Firmenteile, die illegal erworben worden waren, keine durch internes Wachstum entstandenen. Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß Entflechtungsanordnungen jedenfalls dann zum zulässigen Instrumentarium der FTC gehören, wenn dadurch illegal durchgeführte Fusionen und Übernahmen von Wettbewerbern rückgängig gemacht werden sollen. Im Balfour-Fall waren vom Gericht zudem die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Sec. 2 Sherman Act bejaht worden, so daß das Verfahren auch unter diesem Gesichtspunkt strukturelle Sanktionen gerechtfertigt hätte. Die Entflechtungsanordnung beschränkte sich auf Unternehmensteile, die durch unzulässige Fusionen, also durch externes Wachstum, entstanden waren, während durch internes Wachstum entstandene Teile des Unternehmens unbehelligt blieben.

Offen ist derzeit, ob die Commission in "shared monopoly" Fällen strukturelle Sanktionen aussprechen kann. Kruse[222] weist in einer Analyse der Gesetzesmaterialien zum FTC-Act darauf hin, daß das Gesetz ausschließlich als präventive Vorschrift zur Unterbindung von Verhaltensweisen gedacht war, die zur Entstehung von Monopolmacht führen

---

219 Joseph A. Kaplan & Sons v. FTC, 347 F.2d 785, 789-91 (D.C. Cir. 1965); Korber Hats, Inc. v. FTC, 311 F.2d 358, 362-64 (1st Cir. 1962)

220 U.S. v. National Lead Co., 332 U.S. 319, (1947)

221 L.G. Balfour Co. v. FTC, 442 F.2d 1 (7th Cir. 1971); Golden Grain Macaroni Co. v. FTC, 472 F. 2d 882 (9th Cir. 1972), cert. denied, 412 U.S. 918 (1973)

222 Kruse, Deconcentration and Section 5 of the Federal Trade Commission Act, 46 Geo. Wash. L. Rev.200 (1978)

könnten. Die Norm sollte keine punitiven Auswirkungen haben. So bemerkte Senator Newlands 1914 im Gesetzgebungsverfahren:

> "we want through this instrumentality not to punish, but to secure higher standards of conduct, by rules that will be laid down by the commission and sustained by the court, and which will have an educational effect upon the commerce of the country."[223]

Auch der Supreme Court hat betont, daß die Rechtsfolgen von Sec. 5 FTC-Act nicht darauf gerichtet sind, vergangenes Verhalten der Beklagten zu bestrafen:

> "the effect of the Commission's order is not to punish or to fasten liability on respondents for past conduct but to ban specific practices for the future in accordance with the general mandate of Congress."[224]

Wegen Bejahung des Strafcharakters hat ein Gericht die Anordnung der FTC gegen einen Beklagten aufgehoben, die diesem die Rückzahlung von Geldbeträgen an Konsumenten auferlegt hatte[225]; die FTC hatte diese Befugnis für sich in Anspruch genommen und auch im Vergleichswege schon durchgesetzt[226].

Das Problem wurde im wesentlichen durch eine Ergänzung des Gesetzes im Jahre 1975 überholt, wodurch es der FTC ermöglicht wurde, ein Gericht um die Anordnung der Rückzahlung von Geld an die Konsumenten zu ersuchen[227].

Daß die ablehnenden Statements nicht unbedingt der Zulässigkeit von Entflechtungsanordnungen in Oligopolfällen entge-

---

223 51 Cong. Rec. 13, 116 (1914)

224 FTC v. Cement Inst., 333 U.S. 683, 706 (1948)

225 Heater v. FTC, 503 F.2d 321, 324 - 25 (9th Cir. 1974)

226 Kroger Co., 3 Trade Reg. Rep. § 20, 396 (FTC 1973) (consent order); Buy-Rite Foods, Inc. (1970 - 1973 Transfer Binder), Trade Reg. Rep. § 20,002 (FTC 1972) (consent order)

227 Magnussen-Moss Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act, 15 U.S.C. § 57 b (Supp. V 1975)

genstehen müssen, hat Richter Wyzansky unter Bezug auf den früheren Chief Justice Hughes[228] für die Interpretation der Antitrustgesetze so ausgedrückt:

> "... and I unhesitatingly endorse the statement made by Chief Justice Hughes, when I was a young man, in the Appalachian Coals case that the Sherman Act and other antitrust acts are like the United States Constitution in their vagueness and in the degree to which they yield to the times, so that decisions, to be properly understood, cannot be laid end to end and compared as though they were all of one date."[229]

Ebenso wie der Anwendungsbereich der Norm im Lauf der Zeit einen weiteren Rahmen in der gerichtlichen Rechtsprechung erfahren hat, ist nicht auszuschließen, daß die Gerichte der FTC auch auf der Rechtsfolgenseite Befugnisse zugestehen, die ein wirksames Vorgehen gegen verfestigte Oligopolstrukturen ermöglichen. Die möglichen Sanktionen werden sich dabei immer an den zu einer Verurteilung führenden ermittelten Fakten orientieren müssen und nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Wiederherstellung eines Zustandes nötig ist, der ohne die erfolgte Rechtsverletzung bestehen würde. Weitergehende Sanktionen, die den Anschein von punitivem Charakter tragen, dürften wenig Aussichten auf Bestätigung durch die Gerichte haben.

Die Anordnung von Entflechtung in quasi Merger-Fällen hält diesem Test stand, denn eine Rückführung von Unternehmensteilen, die illegal erworben wurden, ist das geeignete restitutive Mittel schlechthin zur Wiederherstellung des ohne Rechtsverletzung bestehenden Zustands. Diese Erkenntnis konnte in Sec. 5 FTC Fällen aber erst dadurch relevant werden, daß auf der Tatbestandsseite der Norm die Anwendbarkeit der zu den Fusionskontroll-

---

228 in Appalachian Coals, Inc. v. U.S., 288 U.S. 344, 359/60 (1933)

229 Charles E. Wyzanski, Jr., The Judical View of Section 2 Litigation, 10 Southwestern University Law Review, 45 (1978)

vorschriften entwickelten Prinzipien bejaht wurde. Für die Behandlung von Oligopolsachverhalten bedeutet dies, daß die möglichen Rechtsfolgen unmittelbar davon abhängen werden, welche Haltung die Gerichte auf der Tatbestandsseite einnehmen werden. Sollten die traditionellen Maßstäbe einer verhaltensorientierten Betrachtungsweise angelegt werden, ist kaum wahrscheinlich, daß als Konsequenz des mißbilligten Verhaltens etwas anderes als eine dieses Verhalten untersagende, möglicherweise auch etwas weitergehende verhaltensbezogene Order ergehen wird. Auch Nye[230], ein FTC Commissioner, der auch in Verhaltensfällen strukturelle Sanktionen befürwortet[231], muß zugeben, daß sich in gerichtlich überprüften Fällen Entflechtungsanordnungen bisher auf Fusionsfälle beschränken[232].

Falls allerdings die Rechtsprechung den Ansatzpunkt der strukturellen Betrachtungsweise des Oligopols akzeptiert und die Perpetuierung dieser Marktstruktur als illegal bezeichnet, wäre als notwendige Sanktion zur Wiederherstellung eines legalen Zustandes die Entflechtung naheliegend. Eine solche Maßnahme würde auch nicht als punitiv den Absichten des Gesetzgebers des FTC-Act zuwiderlaufen. Weniger wahrscheinlich ist die Anordnung struktureller Maßnahmen für den Fall, daß zwar die Struktur des Marktes bei der Rechtsfindung mit berücksichtigt wird, der eigentliche Anknüpfungspunkt wie in den seitherigen Verfahren jedoch einzelne isolierbare Aktionsparameter bleiben. Hier dürften sich die Sanktionen auf, wenn auch weitreichende, cease and desist orders beschränken.

---

230 Nye, Can Conduct Oriented Enforcement Inhibit Conscious Parallelism? 44 ABA Antitrust L. J. 206

231 a. a. O. 228

232 a. a. O. 230

Eine weitere Möglichkeit, Entflechtung oligopolistisch strukturierter Märkte als rein präventive Maßnahme zu begründen, eröffnet die bereits erwähnte S. & H. Entscheidung des Supreme Court[233] unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes. Hierzu wäre allerdings erforderlich, daß das Gericht in einer Strukturanalyse zumindest zu dem Ergebnis gelangt, daß die beklagten Oligopolisten über Wettbewerbsniveau liegende Preise verlangen. Um die Verbraucher in Zukunft vor solchem in der Struktur des Marktes begründeten Preisverhalten zu schützen, wäre eine Änderung dieser Struktur das adaequate Mittel.

Es bleibt abzuwarten, ob sich eine solche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung durchsetzt. Problematisch bei diesem Ansatz ist vor allem, daß eine neuartige Interpretation der Sanktionsmöglichkeiten zugleich eine bisher nicht höchstrichterlich bestätigte Auslegung des Anwendungsbereichs der Norm auf der Tatbestandsseite voraussetzt. Es wäre verständlich, wenn ein Gericht, das unter einer neuen Interpretation aufgrund von Tatsachen einen Gesetzesverstoß bejaht, die früher nicht zu einer Verurteilung ausgereicht hätten, nicht auch noch das besonders schwere Geschütz der Entflechtung anwendet, das in eindeutigeren Fällen bisher kaum angewendet wurde[234].

---

233 FTC v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 233 (1972)

234 Vgl. z.B. Papercraft Corp. v. FTC, 472 F.2d 927, 933 (7th Cir. 1973)
Grand Union Co. v. FTC, 300 F.2d 92 (2d Cir. 1962)

6.4. Schwebende Verfahren

Die Federal Trade Commission hat durch zwei große Verfahren gegen Oligopole gezeigt, daß sie gewillt ist, die Grenzen des Anwendungsbereichs von Sec. 5 auszuloten und den Spielraum der Norm nunmehr voll auszuschöpfen:

6.4.1. Cereal Case

Im Jahre 1972 leitete die FTC ein Verfahren gegen die 4 größten Frühstücksflockenhersteller der USA ein, die 1970 zusammen einen Marktanteil von 90 % auf dem Markt der sog. "RTE (= ready to eat) breakfast cereals" hielten. Den Beklagten wurden folgende Verstöße gegen Sec. 5 FTC-Act vorgeworfen:

a) Respondents individually and in combination have maintained, and now maintain, a highly concentrated, noncompetitive market structure in the production and sale of RTE cereal; in violation of Section 5 of the Federal Trade Commission Act.

b) Respondents, individually and collectively, have obtained, shared and exercised, and now share and exercise, monopoly power in, and have monopolized, the production and sale of RTE cereal, in violation of Section 5 of the Federal Trade Commission Act.

c) Respondents, and each of them, have erected, maintained and raised barriers to entry to the RTE cereal market through unfair methods of competition, in violation of Section 5 of the Federal Trade Commission Act.[235]

---

235 FTC v. Kellogg Company et al., D 8883, April 26 1972, abgedruckt in 5 Antitrust L. & Economics Rev. 71 ff (Fall 1971)

Schon in der Klage kommt zum Ausdruck, daß die Beklagten nicht wegen einzelner isolierter Verhaltensweisen, sondern wegen ihrer Struktur als "shared monopoly" unter Anklage stehen. Die Aufzählung der beanstandeten Praktiken wird eingeleitet durch Bestimmung des relevanten Marktes, "sale and manufacture of RTE cereals", und Beschreibung der oligopolistischen Marktstruktur. Den größten Marktanteil 1970 hielt Kellogg mit 45 %, gefolgt von General Mills mit 21 %, General Foods mit 16 % und Quaker Oats mit 9 %. Auf die von der Klage nicht berührten Firmen Nabisco und Ralston entfielen von den verbleibenden 9 % jeweils etwa 4 %.

Die relativ unveränderten Marktanteile über einen Zeitraum von 30 Jahren hinweg werden auf eine Anzahl von Faktoren zurückgeführt:

- Errichtung hoher Marktzutrittsschranken durch Einführung von ungefähr 150 Markennamen zwischen 1950 und 1970, verbunden mit künstlicher Produktdifferenzierung nahezu identischer Produkte durch Überbetonung trivialer Unterschiede.
- Hohe Werbeausgaben.
- Irreführende und unwahre Werbung in Bezug auf angebliche gesundheitsbezogene Vorzüge der Produkte wie Wachstumsförderung bei Kindern oder Gewichtsreduzierung bei Erwachsenen.
- Kontrolle über Verkaufsregale bei Abnehmern, sog. shelf space program.
- Aufkauf von Wettbewerbern, wodurch die "shared monopoly structure of the industry" verstärkt wurde.

Alle Klagepunkte beschäftigen sich mit Verhaltensweisen, die nach den dargestellten Überlegungen der Oligopoltheorie Komponenten zur Bildung einer antikompetitiven Marktstruktur darstellen.

Der nächste Punkt der Klage befaßt sich unmittelbar mit dem aus der Struktur resultierenden Preisverhalten und verurteilt als Ausübung gemeinsamer und individueller Monopolmacht die Preisbildung nach dem Prinzip der Preisführerschaft und die Beschränkung von Vergünstigungen in Form von Sonderangeboten, Gutscheinen, Rabattmarken oder Prämien.

Die Folgen dieses Verhaltens seien überhöhte Preise, überhöhte Gewinne, Unterbindung jeglicher Produktinnovation, jedes aktuellen und potentiellen Wettbewerbs und Ausbleiben von Newcomern auf dem Markt. Die Konsumenten hätten wesentlich über Wettbewerbsniveau liegende Preise zahlen müssen.

Neben dem offen betonten Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes sind nahezu alle Punkte angesprochen, die von Anhängern der Strukturanalyse als typische Merkmale eines eng oligopolistisch strukturierten Marktes üblicherweise angeführt werden.

Der Monopolisierungsvorwurf wird darauf gestützt, daß aus der von den Beklagten willentlich perpetuierten Marktstruktur ein zu mißbilligendes Marktergebnis resultiert. Die Klage geht nicht den konventionellen Weg, eine theoretische Begründung für das Vorliegen einer kollektiven Monopolisierung zu suchen, sondern zieht die Verbindung von der Marktstrukturanalyse zur Performancekontrolle unter Verzicht auf das traditionelle Instrumentarium von Sherman Act Oligopolfällen.

Ebenso konsequent, wie die Auswirkungen des engen Oligopols als wettbewerbsschädlich und Sec. 5 FTC-Act zuwiderlaufend dargestellt werden, ist die in Aussicht genommene Rechtsfolge:

1.) Entflechtung von Fabriken und Anlagen zur Bildung neuer konkurrierender Einheiten.

2.) Kostenlose Zwangslizenzen für einen bestimmten Zeitraum.

3. Verbot des Erwerbs oder der Beteiligung an Unternehmen des gleichen Marktes.

4. Verbot wettbewerbsbehindernder Praktiken wie z.B. das "shelf space program".

5. Periodische Kontrolle der ausgesprochenen Sanktionen.

Von 5 FTC-Commissionern stimmten 3 für die Durchführung des Verfahrens. Ein Commissioner stimmte dagegen, weil er das Vorgehen für voreilig hielt. Er wollte zunächst alle von der FTC durchgeführten "concentrated industries studies" abwarten, um dann den effektivsten Einsatz der Verfolgungsorgane bestimmen zu können. Der fünfte Commissioner stimmte gegen das Verfahren, weil es "much litigation and little reform" hervorbringe.

Die Klage führte zu heftigen Reaktionen bei den Betroffenen. Kellogg veröffentlichte am 24. Januar 1973 eine Presseerklärung, in der die Verdienste von Kellogg gewürdigt werden und das Vorgehen der FTC kritisiert wird. Die Klage basiere auf den unbestätigten Theorien der Strukturalisten, sie bestrafe denjenigen, der effizient wirtschafte und erfolgreich sei.

Die Argumente gegen die Klage wurden auch vom Abgeordneten der Stadt Battle Creek in Michigan, dem Sitz der Kellogg Company, in einem Brief an die FTC Commissioner aufgenommen; ein deutlicher Versuch der Einflußnahme auf das Verfahren über politische Institutionen.

Wie vorherzusehen war, entwickelte sich aus der Klage ein langwieriges Verfahren, dessen Ende vorläufig noch nicht abzusehen ist.

Die Verteidigung der Beklagten geht im wesentlichen dahin, daß hier Struktur und Performance völlig grundlos und ohne rechtliche Basis angegriffen werde. So brachte General Mills zur Begründung seines Antrags, die Klage im Wege der "Summary Decision" wegen fehlender Schlüssigkeit abzuweisen, unter anderem vor:

"The complaint does not state an antitrust offense under Section 5 of the Federal Trade Commission Act because it constitutes a wholly unauthorized attempt to attack industry structure and performance per se and to engage in an industry reorganization and affirmative Regulation.

The complaint does not state an antitrust offense actionable under Section 5 of the Federal Trade Commission Act.

The complaint is not based upon and does not allege a contract, combination or conspiracy, or single-firm monopolization within the meaning of the Sherman Act.

The complaint, insofar as it seeks divestiture through a sale of assets or through compulsory, royalty-free trademark licensing, is insufficient as a matter of law, because the Commission under Section 5 of the Federal Trade Commission Act is without authority to order such relief."[236]

General Mills behauptet, die Klage wende sich gegen nichts anderes als bewußtes Parallelverhalten; "Conscious Parallelism" falle jedoch nicht unter das Verbot des Sherman Act, wie die Entscheidung in Theater Enterprises[237] zeige. General Mills weiter:

"... the central requirements of a contract, combination or conspiracy, or single-firm monopolization in the Sherman Act must stand as the outer limits of the FTC-Act in cases such as this one challenging the antitrust legality of conduct among competitors."[238]

Der Verwaltungsrichter wies den Antrag am 19. Februar 1974 ab. Er folgte dabei weitgehend der Ansicht der Klägervertreter, die hinsichtlich der Bandbreite des Sec. 5 FTC-Act auf die S. & H. Entscheidung[239] verwiesen hatten. Das Ver-

---

236 3 CCH Trade Reg. Rep. § 20,529 auf S. 20,460

237 Theater Enterprises Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954)

238 a. a. O. S. 20,461

239 FTC v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 233, 239.

halten der Beklagten könne durchaus auch als "tacit conspiracy" gewertet werden. General Mills habe die Möglichkeit, daß "conscious parallelism" unter Sec. 5 FTC-Act falle, nicht in Erwägung gezogen.

In dem frühen Verfahrensstadium ging es noch nicht darum, Tatsachen festzustellen, sondern die Schlüssigkeit der Klage, d.h., die Anwendbarkeit der Antitrustnormen bei unterstellter Richtigkeit des von der Klage behaupteten Sachverhalts, zu prüfen. Deshalb traten die rechtlichen Standpunkte besonders klar hervor. General Mills zog sich auf einen vom Supreme Court zu Sec. 1 und Sec. 2 früher vertretenen Standpunkt zurück, ohne die vom Supreme Court inzwischen in Sec. 5 FTC-Act Fällen vollzogene Entwicklung in Richtung auf eine extensive Interpretation zu berücksichtigen und mußte deshalb zu Recht mit seinem Antrag unterliegen.

Das Anhörungsverfahren vor der FTC begann im April 1976. Die FTC erläuterte ihre Klage dazu in einer Stellungnahme[240]. Eine der Theorien, unter denen die FTC das Verfahren führt, ist die Behauptung, daß

> "respondents' retention of shared monopoly power in the RTE cereal market, in which virtually no entry has occured and in which consumers pay monopolistic prices, constitutes in itself an unfair method of competition."[241]

Unter Berufung auf den Alcoa-Fall[242] wird der gemeinsame Marktanteil der Beklagten dem dort festgestellten Marktanteil von über 90 % gleichgesetzt und auf die Feststellung eines sonst unter Sec. 2 Sherman Act notwendigen specific intent verzichtet.

---

240 Brief for FTC Complaint Counsel, vol. 2, Kellogg Co., No. 8883 (F.T.C., filed Feb. 17, 1976)

241 Complaint Counsel Brief, S. 107

242 U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

Diese auf der strukturellen Betrachtungsweise basierende Interpretation von Sec. 5 wird von zwei weiteren rechtlichen Theorien flankiert.

Die FTC behauptet zum einen, die Beklagten hätten an einer "tacit conspiracy to monopolize the market in violation of Sec. 2 of the Sherman Act" teilgenommen[243]. Bekanntlich fallen Verletzungen des Sherman Act auch in den Zuständigkeitsbereich von Sec. 5 FTC-Act.
Die Conspiracy-Theorie wird jedoch wohl kein großes Gewicht in dem Verfahren erhalten, da die Klage selbst das Vorhandensein einer Conspiracy nicht behauptet hatte.

Zum anderen wird den Beklagten vorgeworfen, Sec. 5 durch "non-collusive, parallel exclusionary conduct" verletzt zu haben[244].

Hinsichtlich der ins Auge gefaßten Rechtsfolgen wird präzisiert, daß aus den Anlagen der drei größten Hersteller fünf neue Firmen gebildet werden sollen. Kellogg soll die drei Produktionsanlagen für "Rice Krispies","Special K" und eine weitere unbenannte Marke abstoßen. General Mills soll seine Fabrik für "Wheaties" abgeben und General Foods eine unbenannte Marke. Jede neue Firma soll einen Marktanteil von etwa 4 % halten, wodurch die 4-Firmen-Konzentrationsrate von 91 % auf 62 % sinken würde. Kellogg, General Mills und General Foods sollen für ihre bestehenden und künftigen Handelsmarken fünf Jahre lang nach deren Einführung Lizensen erteilen. Darüber hinaus sollen auf 20 Jahre Erwerbungen aller vier Beklagten verboten sein, das "shelf space allocation program" soll beseitigt werden[245].

Die Entflechtungsanordnungen sollen nach jeder der angewendeten Theorien zulässig und notwendig sein[246].

---

243 Brief a. a. O., S. 65 - 72
244 Brief a. a. O., S. 80 - 105
245 Brief a. a. O., S. 120 - 124
246 Brief a. a. O., S. 117

Gegen Kellogg sind mittlerweile Verfahren zur Erzwingung der Herausgabe von Geschäftsunterlagen bezüglich der Kosten der einzelnen Produkte erfolgreich durchgeführt worden[247]. Diese Kämpfe im Vorfeld auf prozessualer Ebene ziehen das Verfahren natürlich weiter in die Länge.

Am 24. Februar 1978 wurde das Verfahren gegen Quaker Oats mit Zustimmung der anklagenden Commission eingestellt[248]. Als Begründung wurde angegeben, Quakers Beteiligung an den der Klage zugrunde liegenden Verhaltensweisen sei bislang nicht nachgewiesen; darüber hinaus sei, - wohl angesichts des geringsten Marktanteils der Beklagten von 9 % -, ein Vorgehen gegen Quaker entbehrlich, weil dadurch nur ein geringfügiger Beitrag zur Verstärkung des Wettbewerbs geleistet werden könnte.

So begrüßenswert die Einstellung unter dem Aspekt der Konzentration der Kräfte der FTC auf die großen Oligopolisten sein mag, sie stimmt doch für den weiteren Verlauf des Verfahrens pessimistisch. Nachdem man annehmen durfte, daß die Fakten vor Klagerhebung gründlich erhoben worden waren, gibt die FTC hier wieder einmal eingenommene Positionen auf. Auch die Begründung, ein Vorgehen gegen Quaker sei wegen des geringen Marktanteils nicht erforderlich, überzeugt nicht. Es ist hier die grundsätzliche Frage angesprochen, ob durch Vergrößerung der Anzahl der Wettbewerber eines 4-Firmen-Oligopols überhaupt eine positive Veränderung in Richtung auf mehr Wettbewerb erreicht werden kann. Wenn man diese Frage unter dem Aspekt zutreffend bejaht, daß jeder Marktteilnehmer mehr die Möglichkeit einer von den Wettbewerbern kontrollierbaren abgestimmten Verhaltensweise ohne ausdrückliche Absprache und damit gleichzeitig ohne unmit-

---

247 FTC v. J. E. Lonning a. Kellogg Co., 1976 CCH Trade Reg. Rep. § 60, 942, S. 69,128

248 FTC Complaints and Orders, 3 CCH Trade Reg. Rep. 1978, § 21,396 auf S. 21,361

telbare Sanktionsmöglichkeit erschwert, bedeutet jeder einzelne Anbieter mehr eine strukturelle Verbesserung in Richtung auf mehr Wettbewerb. Es ist deshalb unerfreulich, wenn der Einfluß von Quaker, das immerhin einen Marktanteil von fast 10 % hält, heruntergespielt wird.

Verständlich ist die Haltung der FTC nur dann, wenn es ihr in dem gesamten Verfahren ausschließlich um strukturelle Veränderungen des "RTE cereal" Marktes durch Entflechtung geht. Es ist nämlich äußerst unwahrscheinlich, daß die Gerichte neben den voraussichtlich auch gegen Quaker begründeten "cease and desist orders" auch Entflechtung dieses Beklagten angeordnet hätten.

Es bleibt abzuwarten, ob die FTC diese Front gegen die Marktstruktur weiter durchhält. Jedenfalls sollten ergänzend auch bei dem kleinen Teilnehmer eines asymmetrischen "shared monopoly" bestimmte die Aufrechterhaltung seines Marktanteils auf wettbewerbswidrige Weise fördernde Verhaltensweisen mit "cease and desist orders" verfolgt werden.

Bis Ende 1978 quälte sich das Verfahren immer noch durch das Anhörungsverfahren der Federal Trade Commission, wobei die Beklagten mit taktischen Angriffen auf die Organe der FTC und mit deren Ablehnung operieren[249].

---

249 Vgl. 3 CCH Trade Reg. Rep. § 21,495, § 21,496

6.4.2. Exxon Case

Am 17. Juli 1973 folgte der bislang größte Angriff der FTC auf "shared monopoly". Acht Firmen der Petroleumindustrie,Exxon, Texaco, Gulf, Mobil Oil, Standard Oil Company of California, Standard Oil Company (Indiana), Shell und Atlantic Richfield wurden beschuldigt, unter Verstoß gegen Sec. 5 FTC-Act den Markt der Petroleumprodukte monopolisiert zu haben[250].
Nachdem sich der "Cereal Case" noch gegen Firmen richtete, die in der Rangliste der größten Unternehmen der USA Platzziffer 45 (General Foods) bis 191 (Kellogg) einnehmen, sind erstmals die ganz großen marktmächtigen Unternehmen betroffen, von Exxon (Platz 1) bis Atlantic (Platz 16).

Den Ölgesellschaften wird vorgeworfen, seit mindestens 1950 einzeln und gemeinsam eine wettbewerbsfreie Struktur des Marktes der Raffinierung von Rohöl zu Erdölprodukten aufrechterhalten und verstärkt zu haben.
Nach einer Aufzählung der einzelnen beanstandeten Verhaltensweisen, die im wesentlichen darauf abzielten, die Versorgung unabhängiger Raffinerien mit Rohöl und die Versorgung freier Tankstellen mit Fertigprodukten zu verhindern und dadurch Preiswettbewerb auf dem Markt für Erdölprodukte zu unterbinden, werden die Auswirkungen dieses Verhaltens genannt: Künstlich aufgeblähte Preise, Errichtung und Erhöhung der Marktzutrittsschranken sowie Ausschaltung jedes aktuellen und potentiellen Wettbewerbs. Die Gewinnrate habe wesentlich über dem Niveau eines kompetitiven Marktes gelegen.

---

250 Der Text der Klage ist abgedruckt in 6 Antitrust L. & Economics Rev. S. 68 ff (1973) oder
3 Trade Reg. Rep. § 20,388 auf S. 20,269 (Docket No. 8934)

Die Klage wird rechtlich auf Sec. 5 FTC-Act gestützt. Im einzelnen wird ausgeführt:

> "The aforesaid acts and practices constitute a combination or agreement to monopolize refining of crude oil into petroleum products in the relevant markets in violation of Section 5 of the Federal Trade Commission Act.
>
> Through the aforesaid acts and practices respondents have maintained monopoly power over the refining of crude oil into petroleum products in the relevant markets in violation of Section 5 of the Federal Trade Commission Act.
>
> Respondents, individually and with each other, have restrained trade and maintained a noncompetitive market structure in the refining of crude oil into petroleum products in the relevant markets in violation of Section 5 of the Federal Trade Commission Act."[251]

Neben der im Cereal Case bereits verurteilten Perpetuierung einer antikompetitiven Marktstruktur taucht hier wieder der Vorwurf der kollektiven Monopolisierung durch "combination or agreement" auf. Parallelverhalten als rechtlicher Anknüpfungspunkt liegt auf der traditionellen Ebene der Interpretation in Sherman Act Fällen und auch der Definition der "unfair methods of competition" unter Sec. 5 FTC-Act.

Auf eine Erörterung des Problems, warum bloßes Parallelverhalten als "combination or agreement" zu qualifizieren ist, wird verzichtet. Die Begründung ergibt sich jedoch aus den im unmittelbaren Zusammenhang genannten Faktoren Marktstruktur und Parallelverhalten. Ganz offensichtlich basiert die Klage auf einer an den Erkenntnissen der Strukturanalyse orientierten Interpretation der kollektiven Monopolisierung, der shared monopoly Betrachtungsweise. In der Klage wird nirgends behauptet, die Beklagten hätten ausdrückliche Ab-

---

251 6 Antitrust L. & Economics Rev. 74 (1973)

sprachen getroffen oder ihr Verhalten lasse auf das Vorliegen solcher Absprachen schließen. Die Rede ist nur von "pursuing a common course of action", welches allein schon vor dem Hintergrund der besonderen, oligopolistischen Marktstruktur ein Eingreifen unter Sec. 5 rechtfertige.

Den Vorwürfen in der Klage liegen nach Auffassung der Federal Trade Commission folgende Tatsachen zugrunde[252]:

Die acht Beklagten haben ein abnehmerkontrolliertes Preissystem für Rohöl entwickelt, indem einer der Beklagten in einer Gegend, in der er die Transportwege kontrolliert, einen bestimmten Rohölpreis bietet. Die anderen Beklagten folgen dem Rohölpreis in solchen Gebieten, in denen sie die Transportwege kontrollieren. Obwohl der so zustandegekommene Preis höher als der Wettbewerbspreis liegt, profitieren die Beklagten von einem inflationären Rohölpreis, da sie über wesentliche eigene Ölvorkommen verfügen und so sich selbst bezahlen. Andererseits verminderte bei den vertikal integrierten Beklagten bis zu einer Gesetzesänderung im Jahre 1954 der für das Rohöl aufgewendete Betrag die Steuerlast. Während die großen integrierten Ölgesellschaften durch den hohen Rohölpreis den Gewinn lediglich von der Raffinierungsstufe auf die Rohölförderung verlagern, bedeuten die hohen Rohölpreise für unabhängige Raffinerien tatsächliche und wesentliche Kosten. Durch die Gewinnverlagerung werden die Gewinne auf dem Markt der Raffinierung künstlich nieder gehalten, wodurch potentielle Newcomer vom Eintritt in den Markt abgehalten werden.

Die Beklagten besitzen oder kontrollieren alleine oder gemeinsam viele der Ölpipelines in den USA und auf der ganzen Welt. Unabhängige Raffinerien geraten durch über-

---

252 Federal Trade Commission Preliminary Staff Report on Its Investigation of the Petroleum Industry, abgedruckt in Antitrust Trade & Regulation Report No. 622, July 77, 1973, E - 9

höhte Transportkosten in eine Preisschere. Die Transportpreise müssen zwar von der Regierung (ICC = Interstate Commerce Commission) genehmigt sein, da Pipelines zu den "Interstate Carriers" gehören. Dennoch können die genehmigten Preise überhöht sein, da die Genehmigungsbehörde nicht über die notwendigen Daten verfügt[253]. Unabhängige Produzenten müssen sich an von den Großen aufgestellte Transportpläne halten, wodurch die Versorgung zu dem von den Unabhängigen gewünschten Zeitpunkt gefährdet ist und temporäre Knappheit, verbunden mit Effektivitätsverlusten und Kostenerhöhungen, bewirkt wird[254].

Die acht Großen tauschen untereinander Rohöl und Ölprodukte aus und funktionieren deshalb im wesentlichen als eine Operationseinheit. An die Unabhängigen wird Rohöl nur so geliefert, daß das raffinierte Produkt dem Lieferanten zusteht und die Raffinerie einen bestimmten Betrag für die aufgewendete Arbeit erhält. Auf diese Weise üben die Großen beträchtliche Kontrolle über Ausstoß und Kapazität der unabhängigen Raffinerien aus.

Auf dem Markt für Fertigprodukte weigern sich die Großen übereinstimmend, unabhängige Abnehmer angemessen zu beliefern. Untereinander vermeiden sie Preiswettbewerb und vertrauen auf Produktdifferenzierung durch massive Reklame, Kreditkarten, Service durch dichtes Tankstellennetz und vollständiges Angebot von Zubehör (TBA)[255].

Als Folge dieser Institutionen und Praktiken sollen die normalen Gesetzmäßigkeiten von Angebot und Nachfrage beseitigt worden sein. Versorgungsschwierigkeiten mit Ölprodukten seien besonders in Gebieten aufgetreten, in denen vor allem unabhängige Gesellschaften operieren[256].

---

253 Fraas, Structural Shared Monopoly Under FTC 5: The Implications of the Exxon Complaint, 26 Case Western Reserve L. Rev., 619 Fn. 24 (Spring 1976)

254 Staff Report, a. a. O., E - 7

255 F. Allvine & J. Patterson, Competition, LTD: The Marketing Of Gasoline (1972), Kapitel 2

Gleichzeitig verzeichneten die Großen Rekordgewinne[257].

Trotz dieser Gewinne haben die Großen keinen aktuellen oder potentiellen Wettbewerb zu fürchten, da sie wegen der ihnen gemeinsamen vertikalen Integration und ihren horizontalen Verbindungen untereinander unüberwindliche Marktzutrittsschranken errichtet haben[258].

Zu den in Aussicht gestellten Sanktionen stellt die Klage lediglich fest:

> "... the Commission may order such relief as is necessary or appropriate in order to correct or remedy the effects of anti-competitive practices engaged in by the respondents and to restore competition in the relevant market or markets."[259]

Der "Complaint Counsel" der FTC erläuterte im Februar 1974 die Vorstellungen bezüglich der zu ergreifenden Maßnahmen, vorbehaltlich anderer Erkenntnisse im Verlauf des Ermittlungsverfahrens[260].
In erster Linie ist an strukturelle Maßnahmen gedacht. Aus jedem der Beklagten sollen Raffinerien ausgegliedert werden. Aus 40 - 60 % der Raffineriekapazität der Beklagten sollen 10 - 13 neue Firmen gebildet werden. Zur Beseitigung einer wesentlichen Marktzutrittsschranke muß die Entflechtung einige der Pipeline-Anlagen umfassen.

---

256 Exxon Corp., complaint reprinted in 3 Trade Reg. Rep. § 20,388, S. 20,269 (1973)

257 Siehe Wall Street Journal, Oct. 23, 1974, S. 12, Sp. 2

258 Vgl. zum Ganzen auch Walter Adams, Corporate Power and Economic Apologetics: A Public Policy Perspective, in: Industrial Concentration: The New Learning, 360 (H. Goldschmid, H.M. Mann & J.F. Weston eds., 1974)

259 6 Antitrust L. & Economics Rev. 76 (1973)

260 3 Trade Reg. Rep. § 20,527 auf S. 20,458 (FTC Complaints and Orders)

Als zusätzliche Maßnahmen sollen der Erwerb von Raffineriekapazität und die Bildung gemeinsamer Tochterunternehmen untersagt werden, Produktionsvereinbarungen sowie der Austausch von Rohöl und Fertigprodukten sollen beschränkt werden.

Zum Zeitpunkt dieser Erläuterungen des "Complaint Counsel" hatten die USA die Auswirkungen der Energiekrise in vollem Umfang erfahren. Mehrfach kommt im Text die Erwartung zum Ausdruck, daß durch die beabsichtigten Maßnahmen eine Energieverknappung für die Zukunft wirksam unterbunden werden kann. Die FTC nutzte die zum damaligen Zeitpunkt offensichtlich gegen die Ölgesellschaften eingestellte öffentliche Meinung in ihren Erklärungen wirkungsvoll aus.

Die politische Brisanz des Verfahrens wird in einer "Empfehlung" des "administrative law judge" an die Commission vom Oktober 1975 deutlich[261]. Die Empfehlung ist schon deshalb außergewöhnlich, weil sie entgegen den sonstigen Gepflogenheiten abgegeben wurde, ohne daß eine der Parteien einen entsprechenden Antrag gestellt hatte. Bemerkenswert ist auch der Inhalt. Der Verwaltungsrichter regt nämlich an, die Klage zurückzuziehen. Er betont zwar ausdrücklich, daß mit dieser Empfehlung keine Bewertung der Erfolgsaussichten der Klage auf der Grundlage der vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und der anwendbaren Rechtsnormen verbunden sei. Der Lauf der Ereignisse, insbesondere die Energiekrise, lasse es jedoch geraten erscheinen, angesichts des enormen und kostspieligen Aufwands des Verfahrens erst einmal abzuwarten, welche Eingriffe von seiten der Regierung zur Energiesicherung in den relevanten Markt erfolgen würden.

---

261 3 Trade Reg. Rep. § 21,026

Die FTC lehnte diesen Vorschlag unverzüglich ab, immerhin hat im Gegensatz zur ursprünglich einstimmigen Klagerhebung ein Commissioner ein vorübergehendes Ruhen des Verfahrens befürwortet.

Inzwischen zieht sich das Verfahren, wie erwartet, mit Streitigkeiten über Verfahrensfragen in die Länge[262].

Inzwischen wurde auch der Antrag von Atlantic, aus dem Verfahren entlassen zu werden, abgelehnt[263].

---

262 Vgl. z.B. CCH 1977-2 Trade Cases § 61,649 (im Zusammenhang mit der Herausgabe von Geschäftsunterlagen der Beklagten), teilweise bestätigt und teilweise rückverwiesen 1978-2 Trade Cases § 62,381

Für einen Überblick über die prozessualen Auseinandersetzungen siehe

1977 -1 Trade Cases § 61,320 (Southern District of N.Y.)
aufgehoben in
1977 -2 Trade Cases § 61,632 (2nd Cir.)
1977 -1 Trade Cases § 61,464 (District of Delaware)
1977 -2 Trade Cases § 61,649 (District of Delaware)
1977 -2 Trade Cases § 61,787 (District of Columbia)
1977 -2 Trade Cases § 61,564 (D.C.Cir.)
1978 -2 Trade Cases § 61,872 (North Distr. of Ill., Eastern Div.)

263 3 Trade Reg. Rep. § 21,299

6.5. Analyse des Cereal- und des Exxon Case

Mit den beiden Klagen gegen die Frühstücksflockenhersteller und die großen Ölproduzenten hat die Federal Trade Commission zweifellos erstmals Verfahren ausdrücklich auf die Perpetuierung einer Marktstruktur gestützt, welche alleine durch ihr Fortbestehen eine "unfair method of competition" darstelle. Schon im Busreifenfall[264] war die Marktstruktur eines engen Oligopols maßgebliche Voraussetzung für ein Einschreiten gegen sonst erlaubte parallele Verhaltensweisen. Unmittelbarer Anknüpfungspunkt war aber immer noch die parallele Anwendung im wesentlichen identischer Geschäftspraktiken. Der Fall ließ sich rechtlich in die Problematik der "conspiracy" ohne das Erfordernis des Nachweises der Kollusion einordnen, d.h., aufgrund der oligopolistischen Marktstruktur wären im Falle einer gerichtlichen Nachprüfung die Fakten dahingehend untersucht worden, ob unter Sec. 5 FTC-Act Parallelverhalten als einer ausdrücklichen Absprache gleichzusetzende "tacit collusion" wie in einem Sherman Act Fall zu werten sei. Dabei durfte die FTC darauf vertrauen, daß im Rahmen von Sec. 5 FTC-Act die Gerichte einen großzügigeren Maßstab als in Sherman Act Fällen anlegen würden, wozu auch die Sperry & Hutchinson Entscheidung[265] Veranlassung gab.

Daß sich das Verfahren doch in erster Linie gegen das Verhalten der Busreifenhersteller richtete, zeigt auch die Art der in Aussicht genommenen Rechtsfolgen: es werden, mit Ausnahme der später fallengelassenen Klausel der "vernünftigen Preise", ausschließlich verhaltensbezogene Sanktionen gefordert.

---

264 Goodyear Tire & Rubber Co., 3 Trade Reg. Rep. § 19,522 (1971)

265 405 U.S. 233 (1972)

Der Cereal Case ist insoweit mit dem Busreifenfall vergleichbar, als die Beklagten in beiden Verfahren im relevanten Markt gemeinsam einen außerordentlich hohen Marktanteil besaßen. Der Markt für Frühstücksflocken wird von den vier größten Anbietern zu 90 % kontrolliert und stellt somit eindeutig ein enges Oligopol dar. Der Verstoß gegen Sec. 5 wird von der Commission jedoch nicht darin gesehen, daß die Beklagten durch parallele Verhaltensweisen den Wettbewerb behindert hätten, sondern diese Verhaltensweisen dienen nur dazu, nachzuweisen, daß die Beklagten mit unlauteren Mitteln über einen langen Zeitraum hinweg die antikompetitive Marktstruktur aufgebaut und aufrechterhalten haben. Der strukturalistische Ansatzpunkt geht über die bloße Feststellung des Marktanteils als Gradmesser der Marktmacht hinaus. Weitere Faktoren, die einer Stärkung der Marktmacht dienen, sind die in der Klage ebenfalls beanstandete Errichtung von Marktzutrittsschranken durch unlauteren Wettbewerb, insbesondere durch exzessive und irreführende Werbung sowie durch künstliche Produktdifferenzierung. Unter dem traditionellen Gesichtspunkt der Antitrustgesetze sind diese beiden Faktoren in keinem Fall geeignet, einen Vorwurf der kollektiven Monopolisierung oder konspirativen Wettbewerbsbeeinträchtigung zu rechtfertigen. Die gerügte Institution des "shelf space program" deutet darauf hin, daß zur Feststellung der Marktmacht auch die Ausdehnung der Firmen in vertikaler Richtung auf die Absatzwege berücksichtigt werden muß, um zu einer adaequaten Einschätzung der Auswirkungen der Gesamtstruktur auf den Wettbewerb zu gelangen.

Insgesamt liegt der Klage wohl eine umfassende Strukturanalyse des Marktes unter Berücksichtigung der Faktoren horizontaler Marktanteil, vertikale Integration, Verhalten der Beklagten in diesem Markt und Marktergebniskontrolle zugrunde, so daß sich darauf bei Bejahung der

theoretischen Grundlagen der Strukturanalyse auch der erhobene Vorwurf der "shared monopolization" rechtfertigen ließe.

Immerhin lassen einzelne Punkte der Klage wie der illegale Aufkauf von Wettbewerbern, das "shelf space program" und das über Wettbewerbsniveau liegende Preisgefüge die Möglichkeit offen, daß bei Ablehnung des strukturalistischen Ansatzpunktes eine Verurteilung auf der Basis und in Fortentwicklung der anerkannten Theorien wie "attempt to monopolize" oder "conscious parallelism" möglich ist. In diese Richtung deutet auch die Stellungnahme des "administrative law judge" zu dem abgelehnten Antrag von General Mills auf Klagabweisung[266].

Auf diese Weise könnte die Klage, die in vielen Punkten des Sachverhalts eine gewisse Übereinstimmung mit der von der Antitrust Division wieder zurückgenommenen Klage gegen die Reifenfirmen[267] aufweist, unter den im Vergleich zu Sec. 2 Sherman Act weiteren Möglichkeiten des Sec. 5 FTC-Act zu einer Verurteilung führen. Allerdings wäre unter Zugrundelegung dieser Theorien die Wahrscheinlichkeit groß, insbesondere bei der Variante des "bewußten Parallelverhaltens", daß als Sanktionen nur verhaltensbezogene Maßnahmen angeordnet würden.

Mit der Exxon-Klage geht die Federal Trade Commission noch einen Schritt weiter. Der entscheidende Unterschied zu allen bisherigen Verfahren liegt in dem relativ geringen Marktanteil der Beklagten, die gemeinsam nur 58,07 % der Rohölverwertung, 58,78 % der Benzinherstellungskapazität, 50,54 % der Ölförderung und 55,01 % der Absatzwege für Benzin in den USA kontrollieren[268]. Dies sind Marktanteile,

---

266 Vgl. oben Fn. 239

267 Vgl. oben S. 64 ff

268 Staff Report, a. a. O. E - 4, E - 6

die bisher bei Einzelfirmenmonopolen nie als ausreichend für eine Verfolgung unter den Antitrustnormen angesehen wurden. Der relevante Markt kann nicht einmal als enges Oligopol bezeichnet werden.

Ein Einschreiten in diesem Markt wegen mißbräuchlicher Ausnutzung von Marktmacht ist unter der herkömmlichen Betrachtungsweise, die Marktmacht ausschließlich durch den Marktanteil im relevanten Markt definiert, unmöglich. Eine Verurteilung wegen "combination or agreement to monopolize" und "maintaining monopoly power", wie in der Klage angeführt[269], müßte bei Anwendung der zu Sec. 2 Sherman Act entwickelten Standards an dem zu geringen Anteil im horizontalen Markt scheitern. Es sei daran erinnert, daß in Verfahren gegen Einzelfirmenmonopole eine Verurteilung nur bei Marktanteilen von über 70 % erfolgt ist[270]. Der Exxon Fall läßt sich deshalb nur im Sinne der Klage lösen, wenn die Gerichte eine neue Interpretation des Begriffs der Monopolisierung akzeptieren. Diese Interpretation muß zur Feststellung der Marktmacht eines Unternehmens oder einer Gruppe von Unternehmen nicht nur den horizontalen Marktanteil berücksichtigen, sondern alle von der Strukturanalyse umfaßten Kriterien. Von besonderer Bedeutung ist neben der absoluten Größenmacht (größte Unternehmen der USA überhaupt) die vertikale Integration aller Beklagten, die es erlaubt, Marktmacht aus einem abgrenzbaren horizontalen Markt in einen anderen zu übertragen, sowie die von den Beklagten auf einer anderen Marktstufe gemeinsam betriebenen Pipelines. Gertrude A. Fraas schlägt vor[271], im Gegensatz zu der seither von den Gerichten angewandten Methode, an ein

---

269 6 Antitrust L. & Economics Rev. (1973), S. 74

270 siehe oben S. 63

271 Structural Shared Monopoly Under FTC 5: The Implicationsof the Exxon Complaint, 26 Case Western Reserve L. Rev., 615 (spring 1976)

bestimmtes Verhalten anzuknüpfen und dann den relevanten Markt zu definieren, zunächst die Marktmacht jedes einzelnen der Beklagten unter Berücksichtigung von deren vertikaler Integration festzustellen und dann ihre durch eine "conspiracy of structure" gebildete gemeinsame Marktmacht zu bewerten. Die "conspiracy" lasse sich aus den in der Klage behandelten Faktoren wie Gewinnverlagerung, Preisschere und Ausschluß der Unabhängigen beim Transport von Rohöl etc. ableiten.

Fraas meint, die Antitrustnormen erforderten nicht zwingendeinen statischen Test des Marktanteils in einem einzelnen horizontalen Markt zur Feststellung von Monopol- oder Oligopolmacht[272]. In der Tat haben Gerichte auch schon seither andere Faktoren als den Marktanteil bei ihren Entscheidungen berücksichtigt, auch wenn dies nicht so offen zum Ausdruck gekommen ist. Unter einer strukturellen Betrachtungsweise mag die Entscheidung des Supreme Court in U.S. v. Von's Grocery[273] verständlicher erscheinen.

Vor allem Entscheidungen zur Fusionskontrolle des Sec. 7 Clayton Act[274] haben, ebenso wie die Merger Guidelines des Department of justice[275], schon bisher bei der Bewertung der Frage, welche Fusionen "may substantially lessen

---

272 a. a. O. S. 628

273 384 U.S. 270 (1966)

274 Die Norm bestimmt, daß
"No corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no corporation subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another corporation engaged also in commerce, where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly."

275 Abgedruckt in Neale, The Antitrust Laws of the U.S.A., S. 494 - 505

competition", vertikale und konglomerate Integration berücksichtigt[276].

Fraas ist zuversichtlich, daß die "structural shared monopoly" Betrachtungsweise Erfolg hat. Die Beweisanforderungen seien in Sec. 5 Fällen geringer als in Sherman Act Fällen, die zugleich strafrechtlichen Charakter haben. Deshalb genügt bei diesen zur Verurteilung nicht, daß die Gerichte eine Rechtsverletzung für überwiegend nachgewiesen erachten, sondern es muß jeder vernünftige Zweifel an der Schuld des Beklagten ausgeschlossen sein[277].

Es ist sicher richtig, daß die shared monopoly Betrachtungsweise selbst bei ausreichendem gemeinsamen Marktanteil unter dem Sherman Act, gerade wegen dessen auch strafrechtlicher Seite, noch größere Schwierigkeiten haben wird, sich durchzusetzen. Eine derartige Interpretation wirft wegen der mangelnden Bestimmtheit auch verfassungsrechtliche Bedenken auf. Richter Wyzanski weist zu Recht darauf hin, daß der Sherman Act selbst in seiner bisherigen Interpretation nach heutigen Standards wegen Unbestimmtheit als verfassungswidrig angesehen würde[278].

Ob der strukturelle Ansatzpunkt in den beiden großen Sec. 5 Verfahren angenommen wird, ist zumindest genauso zweifelhaft. Auch der Hinweis auf die Sperry & Hutchinson Entscheidung[279] kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch in diesem Fall nicht die Marktstruktur, sondern bestimmte, allerdings nur in Zusammenhang mit der monopolistischen Marktstruktur mißbilligte Verhaltensweisen, Eingriffsvoraussetzung waren. Eine Fortentwicklung dieser

---

276 Vgl. z.B. Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962); FTC v. Consolidated Foods Corp., 380 U.S. 592 (1965); U.S. v. El Paso Natural Gas Co., 376 U.S. 651 (1964)

277 Fraas, a. a. O. S. 630

278 Charles E. Wyzanski, Jr., The Judical View of Section 2 Litigation, 10 Southwestern Univ. L. Rev. 45, 48 (1978)

279 405 U.S. 233 (1972)

Doktrin könnte im Cereal Case erfolgen, allerdings möglicherweise nicht so radikal, wie in der Klage vorgeschlagen. Ein Erfolg der FTC im Exxon Fall im angestrebten Umfang wäre schon eher eine Überraschung und ein entscheidender Durchbruch im Kampf gegen marktmächtige Unternehmen.

Wenig aussichtsreich müßten die Klagen sein, wenn sich die Gerichte der Ansicht von Kruse[280] anschließen sollten. Kruse argumentiert aus der Entstehungsgeschichte der Norm und den Gesetzesmaterialien, daß das Verbot der "unfair methods of competition" nicht die Innehaltung von geteilter Monopolmacht umfasse. Die Vorschrift solle unlauteres Verhalten, das zum Entstehen von Monopolmacht führen könne, verhindern, nicht bereits bestehende Monopolmacht beseitigen[281].

Bei dieser historischen Interpretation ist die inzwischen erfolgte Entwicklung der Norm, wonach auch alle unter dem Sherman Act aufgreifbaren Verstöße gegen Sec. 5 FTC Act verstoßen[282], außer acht gelassen. Die historische Interpretation wird angesichts der generalklauselartigen Fassung der Norm weder der Entwicklung im Bereich der tatsächlichen Wirtschaftswelt noch der parallel dazu erfolgten Entwicklung in der Rechtsprechung gerecht. Ungenügend berücksichtigt ist auch der aus der Ergänzung der Vorschrift durch das Wheeler-Lea-Amendment im Jahre 1938 abgeleitete Verbraucherschutzgesichtspunkt. Die Statik der historischen Auslegung ist von der Dynamik der Zeit längst überholt. So ist die Anordnung von Entflechtung in Quasi-Sec. 7-Fällen unter Sec. 5 nichts anderes als Beseitigung bereits bestehender Monopolmacht.

---

280 Deconcentration and Sec. 5 of the Federal Trade Commission Act, 46 Geo. Wash. L. Rev. 200 (1978)

281 a. a. O. S. 228

282 FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683, 690/91 (1948), und oben S. 82 ff

Es ist andererseits nicht zu erwarten, daß die beiden Großverfahren zu einer Durchbrechung des bisher konsequent durchgehaltenen Prinzips der Abhängigkeit der Sanktion von der festgestellten Rechtsverletzung führen wird. Solange eine solche aufgrund von bestimmten, isolierbaren Verhaltensweisen bejaht wird, ist auf der Rechtsfolgenseite nur mit verhaltensbezogenen Verfügungen zu rechnen. Ansichten wie die des FTC-Commissioners Nye, wonach auch in "conduct cases" strukturelle Sanktionen verhängt werden sollen, falls anders keine wirksame Abhilfe geschaffen werden könne[283], versprechen wenig Aussichten auf Übernahme in die Rechtsprechung. Solche tiefgreifenden Abhilfemaßnahmen dürften erst dann im Rahmen von Sec. 5 in Nicht-Fusions-Fällen Anwendung finden, wenn schon auf der Tatbestandsseite der Norm der Rechtsverstoß unter ausdrücklicher Berücksichtigung struktureller Gesichtspunkte festgestellt wird, wie dies von Fraas[284] vorgeschlagen wird. Ob dabei die Aufrechterhaltung der oligopolistischen und nichtkompetitiven Marktstruktur als eigentlicher Kernpunkt des Gesetzesverstoßes akzeptiert wird, ist zweifelhaft. Durchaus denkbar ist dagegen, daß die Legalität einzelner Verhaltensweisen noch mehr als bisher unter Berücksichtigung der Marktstruktur geprüft wird und auf den Nachweis der Conspiracy bei Parallelverhalten verzichtet wird. Eine solche begrenzte Adaption der "Shared Monopoly Doctrine" würde zwar die Eingriffsmöglichkeiten der FTC weiter erleichtern. Das eigentliche Ziel solcher Verfahren, die Machtverhältnisse am Markt so zu verändern, daß weitere negative Auswirkungen des typischen Verhaltens von Oligopolisten im engen Oligopol verhindert werden, dürfte damit nicht erreicht werden, weil die Sanktionen weiterhin auf verhaltensbezogene cease and desist orders beschränkt blieben.

---

283 Nye, Can Conduct Oriented Enforcement Inhibit Conscious Parallelism?, 44 ABA Antitrust L.J. 206, 228 (1975)

284 Vgl. oben Fn. 271

7. Legislative Reformbemühungen

Parallel zu der Entwicklung in der Rechtsprechung unter geltendem Recht in Bezug auf konzentrierte Märkte gab es immer wieder Vorstöße, die vielfach als unzureichend angesehenen Möglichkeiten der geltenden Antitrustgesetze durch neue gesetzgeberische Initiativen zu verbessern. Im Mittelpunkt dieser Vorlagen stand das Bemühen, die Voraussetzungen für strukturelle Eingriffe, insbesondere Entflechtung, in konzentrierte Märkte zu erleichtern. Die Aufspaltung von engen Oligopolen sollte damit ausdrücklich erlaubt sein.

Die wichtigsten dieser "Reform Bills", die allerdings allesamt nicht Gesetz geworden sind, waren das "Draft Antitrust Law" von C. Kaysen/D. Turner aus dem Jahre 1959[284], die "Neal Bill"[285] von 1968, benannt nach dem Chairman von Präsident Johnsons White House Task Force on Antitrust Policy, die "Harris Bill"[286] und die "Hart Bill"[287].

Dabei wurde von den Initiatoren der Gesetzesvorlagen übereinstimmend die Auffassung vertreten, daß auch unter dem geltenden Recht bei konsequenter Anwendung der Antitrustnormen eine neue Dekonzentrationspolitik verwirklicht werden könnte[288], wegen den damit verbundenen Risiken und insbesondere wegen der zu erwartenden Lang-

---

284 Kaysen and Turner, "Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis", 266 ff

285 Neal Report. White House Task Force Report on Antitrust Policy, July 5, 1968. Auch abgedruckt in 411 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA), Special Supplement Part II, 1969

286 Concentrated Industries Act S. 2614, 92nd Congress, 1st Session (1971), abgedruckt in "Statement", 117 Cong. Rec., S 15447, col. 2, daily ed., September 30, 1971

287 Industrial Reorganization Act 119 Cong. Rec. - Senate, March 12, 1973, pp 4361 - 4366

wierigkeit dieses Prozesses sollte jedoch ein klares gesetzgeberisches Mandat ein rasches und eindeutig definiertes Eingreifen in konzentrierte Märkte erlauben.

Die Gesetzesvorlagen sahen wesentliche Erleichterungen für die Verfolgungsbehörden beim Vorgehen gegen solche Märkte vor. Wesentlichste Bestimmung ist der Verzicht auf illegale Verhaltensweisen als Eingriffsvoraussetzung. Aus dem Vorliegen bestimmter Marktanteile über einen bestimmten Zeitraum wird die Rechtswidrigkeitsvermutung abgeleitet. Dabei ist im Hinblick auf Oligopole besonders bedeutsam, daß auch oligopolistische Marktstrukturen ab gewissen Konzentrationsraten - 4-Firmen-Konzentrationsrate zwischen 80 % (Kaysen/Turner Bill) und 50 % (Hart Bill) - unter die Rechtswidrigkeitsvermutung fallen. Wenn zu diesen Marktanteilen noch eine überdurchschnittliche Gewinnrate und das Fehlen von Preiswettbewerb kommt, sollen diese strukturellen Voraussetzungen ohne weiteres die Vermutung der illegalen Perpetuierung von Marktmacht nach sich ziehen. Es tritt eine Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten ein, die sich je nach Gesetzentwurf mit bestimmten Rechtfertigungsgründen wie legal ausgenutzte Patente oder mit anderen der bisherigen Oligopolrechtsprechung entnommenen Gründen verteidigen können.

Als Abhilfemaßnahme steht neben anderen strukturellen Eingriffen Entflechtung im Vordergrund, die nur bei substantiellen ökonomischen Verlusten unterbleiben soll.

---

288 Vgl. Hart in "Restructuring the Oligopoly Sector: The Case for a New 'Industrial Reorganization Act'," Antitrust L. & Econ. Rev. vol. 5, 35, 39 (Summer 1972); Harris in "The 'New Populism' and Industrial Reform: The Case for a New Antitrust Law", Antitrust L. & Econ. Rev., vol. 4, 9, 39 (Summer 1971); Turner in "The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Politics," a. a. O. S. 1225

Zur wirksamen Durchsetzung der Gesetze war in einigen Entwürfen die Schaffung einer zusätzlichen Verfolgungsbehörde und die Bildung eines besonderen Gerichts vorgesehen.

Der Verzicht auf den Nachweis rechtswidriger Verhaltensweisen und die Beweislastumkehr aufgrund strukturbezogener Rechtswidrigkeitsvermutungen hätte in der Tat viele der Schwierigkeiten der Verfolgungsbehörden unter geltendem Recht beseitigt. Auf die Probleme bei der Feststellung von Kriterien wie "überhöhte Preise" und Fehlen von "wesentlichem Preiswettbewerb" soll hier nicht eingegangen werden[289].

Die mit Sicherheit absehbaren Auswirkungen auf die größten amerikanischen Unternehmen haben bisher alle Gesetzesvorlagen scheitern lassen. Dasselbe Schicksal wird mit Sicherheit dem Vorschlag der von Präsident Carter am 1. Dezember 1977 eingesetzten "National Commission for the Review of Antitrust Laws and Procedures"[290] eines auf Verhaltenselemente verzichtenden Sec. 2 A Sherman Act - sog. "No-Fault" Monopolies Act -[291] beschieden sein. Die Aussichtslosigkeit der Gesetzgebungsvorhaben liegt dabei ebenso in der politischen Konstellation begründet wie die durch die Einsicht von politischen Abhängigkeiten der derzeitigen Verfolgungsorgane begründete Notwendigkeit eindeutiger legislativer Mandate[292].

---

289 Vgl. zu den Reformgesetzen Ullenbruch, Neueste Entwicklungen im amerikanischen Antitrustrecht: Strukturelle Eingriffe in Märkte, Tübingen, 1977

290 5 Trade Reg. Rep. § 50,350 auf S. 55,730, Comment - CCH - Analysis

291 Abgedruckt in Antitrust L. & Econ. Rev. vol. 10 No. 3 (1978), S. 60

292 Vgl. Ullenbruch, a. a. O. S. 72/73

Nach dem Scheitern dieser legislativen Vorstöße, die eindeutig von einer strukturalistischen Betrachtungsweise des Monopol- und Oligopolproblems geprägt wären, ruhen die Hoffnungen der Konzentrationsgegner umso mehr auf einer an der "shared monopoly doctrine" orientierten Entwicklung de lege lata.

Im Gegensatz zu den vergeblichen Versuchen einer grundlegenden Reform der Normen gegen marktmächtige Unternehmen gab es immer wieder kleine Verbesserungen in der Ausbildung des Verfahrens und der Reichweite der Sanktionen für festgestellte Gesetzesverstöße. So brachte der "Antitrust Procedures and Penalties Act"[293] eine wesentliche Verschärfung der Strafen bei Verstößen gegen Sec. 1 Sherman Act in Strafverfahren[294]. Verfahrensrechtliche Verbesserungen wie die Möglichkeit der FTC, schon im Ermittlungsverfahren Zwangsmittel zur Durchführung der Nachforschungen anwenden zu können, oder des Generalstaatsanwalts, "treble damage" Klagen für betroffene Verbraucher als "parens patriae" zu führen, wurden durch den "Antitrust Improvements Act" von 1976 eingeführt.

Diese Gesetzesänderungen brachten in Bezug auf die Eingriffskriterien in Oligopolfällen jedoch keine Verbesserungen und brauchen deshalb nicht im einzelnen aufgeführt zu werden.

---

293 88 Stat. 1706, 15 U.S.C.A. § 16 (1974)

294 Vgl. oben S. 36

8. Zusammenfassung und Ausblick

Das amerikanische Antitrustrecht kennt mit Sec. 1 und 2 Sherman Act und Sec. 5 FTC-Act im wesentlichen 3 Rechtsnormen, mit denen bestehende Marktkonzentrationen angegriffen werden können. Im Gegensatz zum deutschen Recht, das mit § 22 GWB ausdrücklich Eingriffsvoraussetzungen gegen Oligopole normiert hat, ergibt sich der Oligopolbezug im US-Antitrustrecht aus der richterlichen Interpretation der Normen. Dabei sind grundsätzlich zwei Ausgangspunkte zu unterscheiden:

1. Eine extensive Interpretation des Begriffs Monopol in Sec. 2 Sherman Act, der damit auch das Oligopol als "geteiltes Monopol" mit umfaßt.

2. Berücksichtigung der Marktstruktur bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen konzertiertes Verhalten unter den Verhaltensnormen Sec. 1 Sherman Act und Sec. 5 FTC-Act vorliegt.

Der Lösungsversuch über Sec. 2 Sherman Act ist deshalb wünschenswert, weil Sec. 2 unstreitig die radikalsten Sanktionen gegen verfestigte Marktstrukturen, nämlich Entflechtung bestehender, auch durch internes Wachstum entstandener Unternehmen ermöglicht.

Die vor dem Hintergrund der Erkenntnisse der Strukturanalyse denkbare Gleichsetzung von Oligopol als "shared monopoly" mit Monopol scheitert am verfassungsrechtlich geforderten Bestimmtheitsgrundsatz, vor allem im Hinblick auf die strafrechtliche Seite der Norm.

Das Monopolisierungsverbot des Sec. 2 Sherman Act erhält aber für Oligopolfälle dadurch Bedeutung, daß die von der Rechtsprechung in Fällen der Fusionskontrolle unter Sec. 7 Clayton Act praktizierte einengende Marktdefinition grundsätzlich auch auf Sec. 2 Sherman Act übertragbar ist[295], wodurch tatsächliche Oligopole in mehrere Monopole aufgespalten werden können.

---

295 Vgl. U.S. v. Grinnel Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1966)

Der Nachweis einer monopolistischen Marktstruktur, auch über einen langen Zeitraum hinweg, stellt alleine noch keinen Verstoß gegen Sec. 2 Sherman Act dar. Hinzu kommen muß immer ein Verhalten, das nach außen die Absicht des Monopolisten zum Erwerb oder der Aufrechterhaltung von Monopolmacht zum Ausdruck bringt. Das Preisverhalten alleine stellt keine solche Verhaltensweise dar.

Der Versuchstatbestand des Sec. 2 kann gegen Oligopolisten nur dann eingesetzt werden, wenn man auf das Erfordernis der "dangerous probability", der Wahrscheinlichkeit, daß das Verhalten des Versuchstäters zum Erfolg des Einzelfirmenmonopols führen kann, verzichtet. Die in diese Richtung tendierende Meinung des 9. Circuit Court konnte sich gegen die überwiegende Gegenmeinung, die immer am "dangerous probability test" festgehalten hatte, nicht durchsetzen und wird heute auch vom 9. Circuit Court nicht mehr konsequent durchgehalten.

Trotzdem besteht auch bei der Versuchsalternative für die Gerichte ein Spielraum, besonders mißbilligte Verhaltensweisen durch enge Marktdefinition unter den Anwendungsbereich der Norm zu ziehen.

Die Anwendbarkeit der ersten beiden Alternativen in Oligopolfällen setzt also im wesentlichen voraus, daß durch entsprechende Marktabgrenzung Marktanteile in den relevanten Märkten entstehen, die eine Behandlung des Falles unter dem Aspekt eines Einzelfirmenmonopols ermöglichen.

Sec. 2 Sherman Act in der 3. Tatbestandsalternative der kollektiven Monopolisierung verlangt, daß mehrere Marktteilnehmer gemeinsam eine Marktstruktur errichtet haben und aufrechterhalten, die es ihnen erlaubt, Preise zu kontrollieren und Wettbewerb auszuschalten. Es genügt nicht, das Vorliegen dieser "shared monopoly power" anhand einer Strukturanalyse des relevanten Marktes nachzuweisen, sondern Anknüpfungspunkt einer Verfolgung ist

immer ein durch eine Willensübereinstimmung getragenes kollusives oder konzertiertes Verhalten der Oligopolisten.

Dabei ergeben sich keine besonderen Probleme, wenn eindeutige Absprachen über Produktionsmengen und Preisentscheidungen nachweisbar sind. Solche Absprachen sind illegal "per se", was insbesonders für die gleichgelagerte Problematik in Sec. 1 Sherman Act, der konzertiertes Verhalten zum Zweck der Wettbewerbsbeschränkung verbietet, Bedeutung hat. Wettbewerbswidrige Auswirkungen solcher Absprachen werden unwiderlegbar vermutet. Bei ihrem Nachweis werden Verfahren, die sich auf Märkte beziehen, in denen die beklagten Oligopolisten gemeinsam mehr als 70 % Marktanteil halten, gewöhnlich auf eine Verletzung sowohl von Sec. 1 als auch Sec. 2 3. Alt. gestützt.

Von Bedeutung wird die Struktur des jeweiligen Marktes bei Sec. 1, der grundsätzlich wettbewerbswidriges Verhalten in jedem Markt verbietet, wenn entweder ausdrückliche Absprachen nicht nachgewiesen werden können oder die wettbewerbswidrigen Auswirkungen nachweisbarer Absprachen nicht offensichtlich sind. Durch die Theater Enterprises Entscheidung[296] hat der Supreme Court klargestellt, daß Parallelverhalten allein keinen Verstoß gegen Sec. 1 oder Sec. 2 Sherman Act darstellt. Preisentscheidungen ohne Nachweis von Kollusion im Oligopol sind deshalb mit dem Instrumentarium des Sherman Act nicht kontrollierbar.

Die von Anhängern der Shared Monopoly Theory geforderte Gleichsetzung von Parallelverhalten als "tacit collusion" mit "explicit collusion" im Oligopol scheitert dabei nicht deshalb, weil es sich bei solchem Parallelverhalten um "rational business behaviour" handelt, sondern weil auch in Einzelmonopolisierungsfällen Preisentscheidungen grundsätzlich unangreifbar sind.

---

296 346 U.S. 537 (1954)

Angreifbar sind parallele Verhaltensweisen von Oligopolisten im Vorfeld der Preisbildung oder mit marktschließendem Charakter. Auf den Nachweis einer ausdrücklichen Absprache wird verzichtet, wenn Unternehmen im engen Oligopol stillschweigend ein Verhalten eines anderen Anbieters imitieren, sofern dieses Verhalten für alle Anbieter wirtschaftlich nur dann sinnvoll ist, wenn es von allen Konkurrenten befolgt wird. Beim Vorliegen dieses Bewußtseins der Interdependenz wird gleichzeitig regelmäßig der wettbewerbswidrige Charakter ("in restraint of trade") des Parallelverhaltens bejaht.

Das eigentliche Anliegen einer Anwendung der Sherman Act Vorschriften auf Oligopolsachverhalte, die Entflechtung bestehender Oligopole durch direkte strukturelle Eingriffe, hat die Rechtsprechung nicht erfüllt. In Sec. 1 Fällen wurden nie strukturelle Sanktionen ausgesprochen. In den wenigen Sec. 2 Fällen wurde Entflechtung nur sporadisch angeordnet, nie jedoch in Fällen der kollektiven Monopoliserung. Daraus muß geschlossen werden, daß eine Veränderung der Marktstruktur mit den Mitteln des Sherman Act nicht möglich ist.

Wenig aussichtsreich erscheinen deshalb die von der Antitrust Division wiederholt angekündigten verstärkten Anstrengungen zur Verfolgung von Shared Monopoly und Price Fixing[297].

---

297 Vgl. Joel Davidow, 5 Trade Reg. Rep. § 50,379 (16. Juni 1978); Assistant Attorney General John H. Shenefield in Trade Reg. Rep. Letters Nr. 326 (March 27,1978) und Nr. 345 (August 8, 1978);
Assistant Attorney General Donald I. Baker in (1977) 813 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA), at E-1;
Attorney General Griffin B. Bell in (1977) 806 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA), at F-1

Es handelt sich hierbei eher um politisch motivierte Absichtserklärungen als um ein durch juristische Analyse fundiertes Programm. Daß eine Veränderung der Marktstruktur auf diese Weise nicht erreicht werden kann, klingt auch in den Statements der Verantwortlichen verschiedentlich an, wenn sie auf die nach wie vor bestehende Notwendigkeit legislativer Maßnahmen hinweisen[298].

Das Aufspüren ausdrücklicher Preisabsprachen mag durch verstärkten Mitteleinsatz verbessert werden. Einen originellen und wirksamen Beitrag zu diesem Thema liefert Richard A. Miller[299], der vorschlägt, demjenigen, der eine Preisabsprache den Verfolgungsbehörden anzeigt, eine Belohnung von 5 % aller aus dieser Absprache resultierenden Schadensersatzansprüche zuzubilligen. Obwohl ein solches Vorgehen im fiskalischen Bereich der USA durchaus üblich ist, scheint dieser Vorschlag Millers eher als Kuriosum denn als ernsthafter Beitrag zur Entdeckung von Preisabsprachen anzusehen zu sein.

Trotzdem sollte gerade dem Problem des Aufspürens von ausdrücklichen Absprachen mehr Bedeutung beigemessen werden, da einiges dafür spricht, daß auch in Fällen sogenannten bloßen Parallelverhaltens in Wahrheit gut verborgene Absprachen vorgelegen haben. Auch wenn strukturelle Verbesserungen auf diese Weise nicht erreicht werden können, sollten wenigstens die traditionellen Möglichkeiten, insbesondere der Strafvorschriften, welche strenge verhaltensbezogene Sanktionen nach sich ziehen, voll genutzt werden.

---

298 Baker a. a. O. at E-7; Shenefield Trade Reg. Rep. Letters Nr. 326, S. 46

299 Antitrust L. & Econ. Rev. vol. 10, 87 (1978)

Während im Zuständigkeitsbereich der Antitrust Division, in Sherman Act Verfahren, mit keiner Entwicklung zu rechnen ist, die ein Aufbrechen der verfestigten Oligopolstrukturen ermöglicht, gibt die bisherige Anwendungspraxis der Federal Trade Commission und der Gerichte in Sec. 5 FTC Fällen eher Anlaß zu Optimismus.

Sec. 5 FTC-Act greift heute nicht nur dann ein, wenn eine Verletzung von Sec. 1 und 2 Sherman Act oder Sec. 7 Clayton Act vorliegt, sondern bereits dann, wenn eine Verletzung des "Geistes" der Antitrustgesetze nachweisbar ist oder eine solche Verletzung unmittelbar droht. Durch die "incipiency doctrine" ist die Eingriffsschwelle praktisch so weit vorverlegt, daß man bereits fast von einem Gefährdungstatbestand sprechen kann. Eine entscheidende weitere Eingriffsmöglichkeit bietet die in der Sperry & Hutchinson Entscheidung ausgesprochene Qualifizierung der Norm als Verbraucherschutzvorschrift.

Durch die weite Interpretation der Norm eröffnet sich die Möglichkeit, Parallelverhalten von Oligopolisten ohne die Notwendigkeit des Nachweises ausdrücklicher Absprachen oder der Entwicklung von Theorien zur Gleichsetzung von ausdrücklichen mit stillschweigenden Absprachen unter dem Aspekt des unlauteren Wettbewerbsverhaltens anzugreifen. Die Marktstruktur wird dabei bei der Prüfung der Auswirkungen des Verhaltens berücksichtigt, was beispielsweise im Busreifenfall 1971 zu einem Vergleich geführt hat. Ebenso wie in Verfahren unter dem Sherman Act sind allerdings immer einzelne isolierbare, parallel angewandte Aktionsparameter Anknüpfungspunkt des Illegalitätsvorwurfs gewesen, nie parallele Preisentscheidungen allein.

Bisher ist in Fällen, in denen solche illegale Verhaltensweisen festgestellt wurden, nie eine strukturelle Sanktion ergriffen worden, sofern es sich bei diesen Verhaltensweisen nicht um Erwerb von Unternehmen gehandelt hatte, der auch unter das Fusionsverbot von Sec. 7 Clayton Act gefallen wäre.

In der Rechtsprechung scheint Einigkeit darüber zu herrschen, daß Sanktionen unter Sec. 5 FTC-Act keinen Strafcharakter haben dürfen, sondern lediglich den rechtmäßigen Zustand wiederherstellen dürfen. Hierzu sollen Verhaltensanordnungen außer im Fall rechtswidriger Fusionen ausreichend sein.

Einen neuen Weg hat die Federal Trade Commission mit ihren Klagen gegen die Frühstücksflockenhersteller und die Petroleumgesellschaften beschritten. Die Perpetuierung der Marktstruktur begründet den eigentlichen Illegalitätsvorwurf. Wenn von den Gerichten die auf der Strukturanalyse basierende Interpretation der Federal Trade Commission akzeptiert würde, wären Entflechtungsanordnungen die nötigen Maßnahmen zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes.

Bisher ist völlig offen, wie diese beiden Großverfahren verlaufen werden. Neben der Unsicherheit über die Entscheidung der Gerichte tritt die Ungewißheit darüber, ob die FTC die Verfahren bis zum Ende durchzieht. Die FTC ist als Verwaltungsbehörde dem politischen Druck der Großkonzerne ausgesetzt, die aufgrund ihrer unermesslichen finanziellen Resourcen starken Einfluß auf alle Regierungen der USA ausüben. Durch entsprechende Personalentscheidungen könnte eine vorzeitige Beendigung der Verfahren herbeigeführt werden. Während den Klagen und der Anwendbarkeit der Shared Monopoly Betrachtungsweise unter Sec. 5 FTC-Act bei Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung begrenzte Erfolgsaussichten bescheinigt werden können, besteht die Gefahr, daß dieselben politischen Kräfte, die neue legislative Vorstöße gegen konzentrierte Märkte verhindern, über Einflußnahme auf die Verfolgungsorgane eine Entwicklung unterbinden, die mit Mitteln des geltenden Rechts ein wirksameres Vorgehen gegen verfestigte Machtkonzentrationen ermöglicht hätte.

Entscheidungsverzeichnis

Agrashell, Inc. v. Hammons Products Co., 479 F.2d 269 (8th Cir. 1973)

Alles Corp. v. Senco Products, Inc., 329 F.2d 567 (6th Cir. 1964)

ALW, Inc. v. United Airlines, Inc., 510 F.2d 52 (9th Cir. 1975)

American Tobacco Co. v. U.S., 328 U.S. 781 (1946)

Appalachian Coals, Inc. v. U.S., 288 U.S. 344 (1933)

Arrow-Hart & Hegemann Elec. Co. v. FTC, 291 U.S. 587 (1934)

Arthur Murray Studio, Inc. v. FTC, 458 F.2d 622 (5th Cir. 1972)

Atlantic Refining Co., v. FTC, 381 U.S. 357 (1965)

L.G. Balfour Co. v. FTC, 442 F. 2d 1 (7th Cir. 1971)

Benrus Watch Co. v. FTC, 352 F.2d 313 (8th Cir. 1965), cert. denied, 384 U.S. 939 (1966)

Bernard Food Industries, Inc. v. Dietene Co., 415 F.2d (7th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 912 (1970)

Bogosian v. Gulf Oil Corp., 561 F.2d 434 (3d Cir. 1977)

Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962)

Carter Prods., Inc. v. FTC, 323 F.2d 523 (5th Cir. 1963)

Cement Manufacturers' Protective Association v. U.S., 268 U.S. 588 (1925)

Chain Institute, Inc. v. FTC, 246 F.2d 231 (8th Cir.), cert. denied, 355 U.S. 895 (1957)

Clayton Mark & Co., v. FTC, 336 U.S. 956 (1949)

Consumer Sales Corp. v. FTC, 198 F.2d 404 (2d Cir. 1952), cert. denied, 344 U.S. 912 (1953)

Cornwell Quality Tools Co. v. C.T.S. Co., 446 F.2d 825 (9th Cir. 1971), cert. denied, 404 U.S. 1049 (1972)

Corn Products Refining Co. v. FTC, 324 U.S. 726 (1945)

Coro, Inc. v. FTC, 338 F.2d 149 (1st Cir. 1964), cert. denied, 380 U.S. 954 (1965)

Credit Bureau Reports, Inc. v. Retail Credit Co., 358 F. Supp. 780 (S.D. Tex. 1971), aff'd 476 F.2d 989 (5th Cir. 1973)

E. Edelmann & Co. v. FTC, 239 F.2d 152 (7th Cir. 1956), cert. denied, 355 U.S. 941 (1958)

Fashion Originators' Guild v. FTC, 312 U.S. 457 (1941)

First National Bank v. Cities Service Co., 391 U.S. 253 (1968)

FTC v. Brown Shoe Co., 384 U.S. 316 (1966)

FTC v. Buy-Rite Foods, Inc. (1970 - 1973 Transfer Binder), Trade Reg. Rep. § 20,002 (FTC 1972), (consent order)

FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948)

FTC v. Colgate-Palmolive Co., 380 U.S. 374 (1965)

FTC v. Consolidated Foods Corp., 380 U.S. 592 (1965)

FTC v. Eastman Kodak Co., 274 U.S. 619, 623 (1927)

FTC v. Grand Caillou Packing Co., 65 FTC 799 (1964)

FTC v. Gratz, 253 U.S. 421 (1920)

FTC v. R.F. Keppel & Bro., Inc., 291 U.S. 304 (1934)

FTC v. Kroger Co., 3 Trade Reg. Rep. § 20, 396 (FTC 1973) (consent order)

FTC v. J. E. Lonning & Kellogg Co., 1976 CCH Trade Reg. Rep. § 60, 942, S. 69,128

FTC v. Mandel Bros., 359 U.S. 385 (1959)

FTC v. Motion Picture Advertising Service Co., 344 U.S. 392 (1953)

FTC v. National Lead Co., 352 U.S. 419 (1957)

FTC v. The Sperry and Hutchinson Co., 405 U.S. 233 (1972)

FTC v. A.E. Staley Mfg. Co., 324 U.S. 746

FTC v. Topps Chewing Gum, 67 FTC 744 (1965)

FTC v. Western Meat Co., 272 U.S. 554 (1926)

Golden Grain Macaroni Co., v. FTC, 1973 Trade Cases § 74, 300; ebenfalls 472 F.2d 882 (9th Cir. 1972) cert. denied, 412 U.S. 918 (1973)

Goodyear Tire & Rubber Co., 3 CCH Trade Reg. Rep. § 19, 522 (1971) consent order

Grand Union Co. v. FTC, 300 F.2d 92 (2d Cir. 1962)

Hallmark Industry v. Reynolds Metals Co., 489 F.2d 8 (9th Cir. 1973), cert. denied, 417 U.S. 932 (1974)

Heater v. FTC, 503 F.2d 321 (9th Cir. 1974)

Huron Valley Publishing Co. v. Booth Newspapers, Inc., 336 F. Supp. 659 (E.D. Mich. 1972)

International Boxing Club of N.Y. v. U.S., 358 U.S. 242 (1959)
Interstate Circuit, Inc. v. U.S., 306 U.S. 208 (1939)
Joseph A. Kaplan & Sons v. FTC, 347 F.2d 785 (D.C. Cir. 1965)
Knutson v. Daily Review, Inc., 548 F.2d 795 (9th Cir. 1976), cert. denied 433 U.S. 910 (1977)
Korber Hats, Inc. v. FTC, 311 F.2d 358 (1st Cir. 1962)
La Peyre v. FTC, 366 F.2d 117 (5th Cir. 1966)
Lessig v. Tidewater Oil Co., 327 F.2d 459 (9th Cir.), cert. denied, 377 U.S. 993 (1964)
P. Lorillard Co. v. FTC, 186 F.2d 52 (4th Cir. 1950)
Lorrain Journal Co. v. U.S., 342 U.S. 143 (1951)
McElhenney Co. v. Western Auto Supply Co., 269 F.2d 332 (4th Cir. 1959)
Milgram v. Loew's, 192 F.2d 579 (3d Cir. 1951) cert. denied, 343 U.S. 929 (1952)
Moog Indus., Inc. v. FTC, 238 F.2d 43 (8th Cir. 1956), aff'd, 355 U.S. 411 (1958)
Mt. Lebanon Motors, Inc. v. Chrysler Corp., 283 F. Supp. 453 (W.D. Pa. 1968), aff'd per curiam, 417 F.2d 622 (3d Cir. 1969)
Morton Bldgs. of Neb., Inc. v. Morton Bldgs., Inc., 531 F.2d 910 (8th Cir. 1976)
National Society of Professional Engineers v. U.S., No. 76 - 1967, Slip Opinion, 12 (April 25, 1978)
NLRB v. Express Publishing Co., 312 U.S. 426 (1941)
Pacific Eng'r & Prod. Co. v. Kerr-McGee Corp., 551 F.2d 790 (10th Cir. 1977)
Panotex Pipe Line Co. v. Phillips Petroleum Co., 457 F. 2d 1279 (5th Cir.), cert. denied, 93 S.Ct. 48 (1972)
Papercraft Corp. v. FTC, 472 F.2d 927 (7th Cir. 1973)
Rea v. Ford Motor Co., 355 F. Supp., 842 (W.D. Pa. 1973), rev'd 497 F.2d (3d Cir.), cert. denied, 419 U.S. 868 (1974)
Schine Chain Theaters v. U.S., 334 U.S. 110 (1948)
Jacob Siegel Co. v. FTC, 327 U.S. 608 (1946)
Slough v. FTC, 396 F.2d 870 (5th Cir.), cert. denied, 393 U.S. 980 (1968)

Smithkline Corp. v. Eli Lilly & Co., 427 F. Supp. 1089 (E.D. Pa. 1976)

Standard Oil Co. of N.J. v. U.S., 221 U.S. 1 (1911)

Swift & Co. v. U.S., 196 U.S. 375 (1905)

Theater Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954)

Triangle Conduit & Cable Co. v. FTC, 168 F.2d 175 (7th Cir. 1948), aff'd sub nom. Clayton Mark & Co. v. FTC, 336 U.S. 956 (1949)

Union Carbide and Carbon Corp. v. Nisley, 300 F.2d 561 (10th Cir. 1961)

U.S. v. Addyston Pipe & Steel Co., 175 U.S. 211

U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

U.S. v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911)

U.S. v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495 (1948)

U.S. v. Consolidated Laundries Corp., 291 F.2d 563 (2d Cir. 1961)

U.S. v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333 (1969)

U.S. v. Continental Can Co., 378 U.S. 441 (1964)

U.S. v. E.I. duPont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956)

U.S. v. E.I. duPont de Nemours & Co., 353 U.S. 586 (1957)

U.S. v. El Paso Natural Gas Co., 376 U.S. 651 (1964)

U.S. v. Empire Gas Co., 537 F.2d 296 (8th Cir.), cert. denied, 425 U.S. 907

U.S. v. General Motors Corp., 121 F.2d 376 (1941)

U.S. v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948)

U.S. v. Grinnel Corp., 236 F. Supp. 244; 384 U.S. 563 (1966)

U.S. v. I.B.M. Corp., 66 F.R.D. 154 (S.D.N.Y. 1974)

U.S. v. Masonite Corp., 316 U.S. 265 (1942)

U.S. v. Morton Salt Co., 382 U.S. 44 (1965)

U.S. v. National Lead Co., 332 U.S. 319 (1947)

U.S. v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948)

U.S. v. Reading Company, 253 U.S. 26 (1920)

U.S. v. Singer Mfg. Co., 205 F. Supp. 394 (S.D.N.Y.); 374 U.S. 174 (1962)

U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)

U.S. v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972)

U.S. v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953), aff'd per curiam, 347 U.S. 521 (1954)

U.S. v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270 (1966)

U.S. v. Yellow Cab Co., 332 U.S. 218 (1947)

Venzie Corp. v. United States Mineral Products Co., 521 F. 2d 1309 (3d Cir. 1975)

Volasco Products Co. v. Lloyd A. Fry Roofing Co., 308 F.2d 383 (6th Cir. 1962)

Wall Products Co. v. National Gypsum Co., 326 F. Supp. 295 (1971)

White Motor Co. v. U.S., 372 U.S. 253 (1963)

Literaturverzeichnis

Aarts, Jack W.	Antitrust Policy Versus Economic Power, Leiden 1975
Adams, Walter	Corporate Power and Economic Apologetics: A Public Policy Perspective, in: Industrial Concentration: The New Learning 360 (H. Goldschmid, H.M. Mann & J.F. Weston eds.), Boston, Toronto 1974
Allvine, Fred C. and Patterson, James M.	The Marketing of Gasoline, Bloomington, London 1973
Applebaum et al.	Antitrust Law Developments, Prepared by the Section of Antitrust Law of the American Bar Assosiation, Published by American Bar Association
Areda, Phillip and Turner, Donald F.	Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and their Application, Boston, Toronto, 1978
Bain, Joe S.	Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, Cambridge/Mass. 1956
Bain, Joe S.	Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries, The American Economic Review, vol. 44, 15 (1954)
Bain, Joe S.	Essays on Price Theory and Industrial Organization, Boston 1972
Bain, Joe S.	Industrial Organization, 2. Auflage, New York, London, Sydney 1968
Bain, Joe S.	International Differences in Industrial Structure, Yale 1966
Baker, Donald I.	Section 2 Enforcement - The View from the Trench, 41 ABA Antitrust L.J., 613 (1973)
Baker, Donald I.	Testimony Before Senate Judiciary Antitrust Subcommittee On "Oversight Of Antitrust Enforcement", (1977) 813 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA), at E-1
Bell, Griffin B.	Address Before The Harvard Law Review (1977), 806 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA), at F-1
Berle, Adolf A. and Means, Gardiner C.	The Modern Corporation and Private Property, New York 1933
Blair, John M.	Economic Concentration, New York, Chicago, San Francisco, Atlanta 1972

Blake, Harlan M.	Conglomerate Mergers and the Antitrust Laws, 73 Col. Law. Rev. 555 (1973)
Blecher	Attempt to Monopolize Under Section 2 of the Sherman Act: "Dangerous Probability" of Monopolization Within the "Relevant Market", 38 Geo. Wash. L. Rev. 215 (1969)
Bodner, John	Monopolization and Attempts to Monopolize, 41 ABA Antitrust L.J., 591 (1973)
Brodley, Joseph F.	Oligopoly Power Under the Sherman and Clayton Acts - From Economic Theory to Legal Policy, 19 Stan. L. Rev. 285 (1967)
Brozen, Yale	Bain's Concentration and Rates of Return Revisited, 14 The Journal of Law and Economics, 351 - 369 (Oct. 1971)
Brozen, Yale	Concentration and Structural and Market Disequilibra, 16 Antitrust Bull., 241 (1971)
Burns, Arthur R.	The Decline of Competition, New York, London 1936
Caves, R.	American Industry: Structure, Conduct, Performance, 3. Auflage, Englewood Cliffs, N.J., 1972
Chamberlin, E. H.	Duopoly: Value Where Sellers Are Few, Quaterly Journal of Economics, Nov. 1929, S. 63 - 100
Cooper, Edward H.	Attempts and Monopolization: A Mildly Expansionary Answer to the Prophylactic Riddle of Section Two, 72 Michigan L. Rev. 375 (1974)
Cournot, Augustin	Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth, übersetzt ins Englische von N.T. Bacon, Homewood: Irwin, 1963
Cox, Hugh	Competition and Section 2 of the Sherman Act, 27 ABA Antitrust L.J. 72 (1965)
Davidow, Joel	Policy Planning at the Antitrust Division, 5 Trade Reg. Rep. § 50, 379 auf S. 55,830, Comment-CCH Analysis
Day, Richard E.	Pricing and Discrimination, 44 ABA Antitrust L.J. 312 (1975)
Engman et al.	FTC v. Exxon et al., Antitrust Law & Econ. Rev., vol. 6 No. 3, S. 67 (1973)
Fastow, J. N.	Competition, Competitors and the Government's Suit Against the Television Networks, Antitrust Bulletin vol. XXII Nr. 3 (Fall 77), 517

Ferguson, John R.	The Case for Antitrust Suits Against Selected Oligopoly Industries, Antitrust Law & Econ. Rev., vol. 8 No. 1 (1976), S. 35
Fraas, Gertrude A.	Structural Shared Monopoly Under FTC 5: The Implications of the Exxon Complaint, 26 Case Western Reserve L. Rev., 615 (Spring 1976)
Fuller, J.	The Gentlemen Conspirators: The Story of the Price Fixers in the Electrical Conspiracy (1962)
Galbraith, Kenneth	American Capitalism: The Concept of Countervailing Power, New York 1952
Handler, Milton	Seventeenth Annual Review of Antitrust Develompents - 1964, Record of the Association of the Bar of the City of New York 379 (October, 1964)
Harris, Fred R.	The "New Populism" and Industrial Reform: The Case for a New Antitrust Law, Antitrust L. & Econ. Rev., vol. 4, 9 (Summer 1971)
Harris, Maury N.	Restructuring by "Internal Expansion": The Case for Limiting Mergers into Oligopoly Industries, Antitrust Law & Econ. Rev., vol. 7 (1974), 37
Hart, Philip A.	Restructuring the Oligopoly Sector: The Case for a New "Industrial Reorganization Act", Antitrust L. & Econ. Rev. vol. 5, 35 (Summer 1972)
Harvell, Janis L.	The Relevant Market Concept in Conspiracy to Monopolize Cases under Section 2 of the Sherman Act, University of Chicago L. Rev. 44, 805 (Summer 1977)
Hibner, Don T.	Attempts to Monopolize: A Concept in Search of Analysis, 34 ABA Antitrust L.J. 165 (1967)
Hibner, Don T.	Has the Ninth Circuit Attempted to Monopolize Attempts to Monopolize, 10 Southwestern University L. Rev. 85 (1978)
Hibner, Don T.	Oligopoly Under Attack, New Approaches to an Old Problem, 44 St. John's Law Review (1970), S. 743 - 760
Hoppmann, Erich	Fusionskontrolle, Tübingen 1972

Humphrey, Don D.	The Nature and Meaning of Rigid Prices, 1890 - 1933, Journal of Political Economy, XLV (Oct. 1937), 651 - 666
Juschka, K.O.	Die amerikanischen Frachtbasensysteme und ihre Beurteilung nach der "spontaneous evolution"-Theorie, WuW 1972, 271
Von Kalinowski, Julian O.	Market Definition under Sec. 2: The Applicability of Clayton Act Sec. 7 Analysis, 10 Southwestern University L. Rev. 95 (1978)
Kaysen C./Turner D.	Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis, Cambridge/Mass. 1959 (1. Aufl.)
Kirkpatrick, Miles et. al.	The Cereal Case: Opening Shot in FTC War on "Structural" Shared Monopoly or Attack on "Marketing" Irregularities, Antitrust L. & Econ. Rev., vol. 5, S. 71 (Fall 1971)
Kruse, Layne E.	Deconcentration and Sec. 5 of the Federal Trade Commission Act, 46 Geo. Wash. L. Rev. 200 (1978)
Levine, Paul E.	Attempt to Monopolize Under the Sherman Act: Defendants Market Power as a Requisite to a Prima Facie Case, Col. Law Rev. 1973 (Nr. 7), 1451 - 1475
Mason, E. S.	Price Inflexibility, Review of Economic Statistics (May 1938), 53 - 64
Means, Gardiner C.	Industrial Prices and Their Relative Inflexibility, Senate Document 13, 74th Congress, 1st Session
Miller, Richard A.	Price Fixing and Whistle-Blowing: A "Bounty" for a Mutiny on the Good Ship Collusion, Antitrust L. & Econ. Rev. vol. 10, 87, (1978)
Möschel, Wernhard	Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest des Antitrustrechts, in Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Hrsg. Heinz Sauermann und Ernst-Joachim Mestmäcker, Tübingen 1975, S. 421
Möschel, Wernhard	Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974

Moore, Dwight B.	The "Relevant Market" Question in an Attempt to Monopolize Case Under Section 2 of the Sherman Act, 10 Southwestern University L. Rev. (1978), 103 - 115
Mueller, Charles E.	Lawyer's Guide to the Economic Literature on Competition and Monopoly: An Introduction to the Doctoral Dissertations, Antitrust Law & Economics Review vol. 5, Nr. 3, S. 83; vol. 6, Nr. 1, S. 67; vol. 6, Nr. 2, S. 83
Neal, Alfred C.	Industrial Concentration and Price Inflexibility, Washington 1942
Neale, A. D.	The Antitrust Laws of the United States of America, 2. Auflage, Cambridge 1970
von Neumann, John and Morgenstern, Oskar	Theory of Games and Economic Behavior, Princeton 1944
Nye, Stephen A.	Can Conduct Oriented Enforcement Inhibit Conscious Parallelism?, 44 ABA Antitrust L.J. 206 (1975)
Panel Discussion	Monopolization and Attempts to Monopolize: Whatever Happened to Section 2?, 41 ABA Antitrust L.J., 645 (1973)
Posner, Richard A.	Antitrust Law, An Economic Perspective, Chicago and London 1976
Posner, Richard A.	Oligopoly and the Antitrust Laws, 21 Stan. L. Rev. (1969), 1562
Posner, Richard A.	The Supreme Court and Antitrust Policy, a New Direction, 44, ABA Antitrust L.J. 141 - 168 (1975)
Rockefeller, Edwin S.	Monopolization under Sec. 5 of the FTC Act, 41 ABA Antitrust L.J. 641 (1973)
Schelling, Thomas C.	The Strategy of Conflict, Cambridge 1960
Scherer, F.W.	Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago 1970
Schmidt, Ingo	US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973
Schnabel, Morton	Conscious Parallelism and Advertising Themes: The Case for "Comparative" Advertising, Antitrust Law & Econ. Rev. vol. 7 (1974), S. 11

Schumpeter, Joseph A.	Capitalism, Socialism and Democracy, New York 1942
Shepherd, William G.	The Economics: A Pep Talk, 41 ABA Antitrust L.J., 595 (1973)
Shepherd, William G.	Market Power and Economic Welfare, New York 1970
Shepherd, William G.	The Treatment of Market Power, Antitrust, Regulation and Public Enterprise, New York, London 1975
Stickells, Austin T.	Federal Control of Business; Antitrust Laws, New York, San Francisco 1972
Sullivan, Lawrence Anthony	Handbook of the Law of Antitrust, St. Paul, Minn. 1977
Symposium	Section 2 of the Sherman Act: Are There Prospects for Reincarnation? 10 Southwestern Univ. L. Rev. 35 (1978)
Tucker, Rufus S.	The Reasons for Price Rigidity, American Review XXVII (March 1938), 41 - 54
Turner, Donald F.	The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 Harv. L. Rev. 655 (1962)
Turner, Donald F.	The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies, 82 Harv. L. Rev. 1207 (April 1969)
Ullenbruch, Michael	Neueste Entwicklungen im amerikanischen Antitrustrecht: Strukturelle Eingriffe in Märkte, Dissertation, Tübingen 1977
Ward, Alan S.	A Current Perspective on Enforcement of Laws Against Momopolization, 41 ABA Antitrust L.J. 601 (1973)
Weston, Fred J.	Implications of Recent Research for the Structural Approach to Oligopoly, 41 ABA Antitrust L.J., 623 (1973)
Williamson, Oliver E.	Dominant Firms and the Monopoly Problem. Market Failure Considerations, 85 Harv. L. Rev., 1512 (1972)
Wyzanski, Jr., Charles E.	The Judical View of Section 2 Litigation, 10 Southwestern Univ. L. Rev. 45 (1978)
Zohlnhöfer, Werner	Wettbewerbspolitik im Oligopol, Tübingen 1968

Materialien

Antitrust Procedures and Penalties Act	88 Sta. 1706, 15 U.S.C.A. § 16 (1974)
Brief for FTC Complaint Counsel	vol. 2, Kellogg Co., No. 8883 (F.T.C., field Feb. 17, 1976)
Exxon Corp.	complaint reprinted in 3 Trade Reg. Rep. § 20,388, S. 20,269 (1973) oder: 6 Antitrust L. & Economics Rev. S. 68 (2973)
FTC v. Kellogg Company et al.	D 8883, April 26,1972, abgedruckt in 5 Antitrust L. & Economics Rev. 71 (Fall 1971)
Federal Trade Commission	Preliminary Staff Report on Its Investigation of the Petroleum Industry, abgedruckt in Antitrust Trade & Regulation Report No. 622, July 77, 1973, E - 9
Harris Bill	Concentrated Industries Act S. 2614, 92nd Congress, 1st Session (1971), abgedruckt in "Statement", 117 Cong. Rec., S 15447, col. 2, daily ed., September 30, 1971
Hart Bill	Industrial Reorganization Act, 119 Cong. Rec. - Senate, March 12, 1973, pp. 4361 - 4366
Merger Guidelines	Merger Guidelines of Department of Justice, 5 Trade Reg. Rep. § 4510, auch abgedruckt bei Neale, A. D., The Antitrust Laws of the United States of America: A Study of Competition Enforced by Law, 2. Auflage, Cambridge 1970
Neal Report	White House Task Force Report on Antitrust Policy, July 5, 1968, auch in 411 Antitrust & Trade Reg. Rep.,Special Supplement Part II, 1969
"No-Fault" Monopolies Act	Antitrust L. & Economics Rev. vol. 10 No. 3 (1978), S. 60
Panell Discussion	Monopolization and Attempts to Monopolize: Whatever Happened to Section 2, 41 ABA Antitrust L.J. 647 (1973)

Report	Report of the Senate Committee on Interstate Commerce pursuant to Senate Res. 98, 62d Cong., p. 1155 (1913)
Tire Cases	U.S. v. The Goodyear Tire & Rubber Company Civ. C-73-835, N.D. Ohio; U.S. v. The Firestone Tire & Rubber Company Civ. C-73-836; der Text der Klage ist auch abgedruckt in BNA Antitrust & Trade Reg. Rep., Aug. 14, 1973, D - 1
U.S. Department of Justice	Antitrust Enforcement, Trade Reg. Rep. Letter Nr. 345, August 8, 1978; Letter Nr. 326, March 27, 1978

Lebenslauf

Am 11.11.1947 wurde ich als Sohn des Geschäftsführers Dr. Alfred Hetzel und dessen Ehefrau Dr. Elisabeth Hetzel in Stuttgart geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Die Reifeprüfung habe ich am 5.10.1966 am Theodor Heuss-Gymnasium in Heilbronn abgelegt. Nach Ableistung des Wehrdienstes studierte ich Rechtswissenschaft vom Sommersemester 1968 bis zum Wintersemester 1969/70 in Tübingen, im Sommersemester 1970 in Lausanne und vom Wintersemester 1970 bis zum Sommersemester 1973 wiederum an der Universität Tübingen, wo ich am 16.11.1973 die Erste juristische Staatsprüfung bestand.

Die am 1.3.1974 begonnene Referendarausbildung in Heilbronn schloß ich am 3.7.1976 mit der Zweiten juristischen Staatsprüfung in Stuttgart ab.

Seither bin ich als Richter in Heilbronn und Öhringen tätig.